

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA

43

LAS RELACIONES ENTRE EMPLEO E INCLUSIÓN
SOCIAL: TRANSFORMACIONES Y RETOS DE FUTURO

ENPLEGUA ETA GIZARTERATZEAREN
ARTEKO HARREMANAK: ERALDAKETAK
ETA ETORKIZUNENKOKO ERRONKAK

Amaia Izaola Argüeso
Patricia Campelo Martínez
Luis Belaustegi

2020



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

LAN HARREMAN
ETA GIZARTE LANGINTZA
FAKULTATEA
FACULTAD
DE RELACIONES LABORALES
Y TRABAJO SOCIAL



Grupo de Investigación
Ikertuntza Taldea



FONDO EUROPEO DE
DESARROLLO REGIONAL
"Una manera de hacer Europa"

BASE DE DATOS
ISOC 

CARHUS Plus⁺
REVISTES CIENTÍFIQUES DE CIÈNCIES SOCIALS I HUMANITATS

latindex

CIRC

© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISSN: 1575-7048
e-ISSN: 2444-5819

Fotocomposició / Fotokonposizioa: Ipar, S. Coop. — Bilbao

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

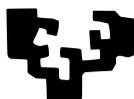
Harremanak

43

**LAS RELACIONES ENTRE EMPLEO E INCLUSIÓN SOCIAL:
TRANSFORMACIONES Y RETOS DE FUTURO**

**ENPLEGUA ETA GIZARTERATZEAREN
ARTEKO HARREMANAK: ERALDAKETAK
ETA ETORKIZUNEKO ERRONKAK**

erman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CONSEJO EDITORIAL:

Director: LUIS BELAUSTEGI IBARLUZEA,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Sociología II)

Secretario Editorial: KEPA XABIER APELLÁNIZ VALLE,
Profesor de la Facultad de Economía y Empresa Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Sociología y Trabajo Social)

Vocal: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Derecho de la Empresa)

Vocal: FRANCISCO JAVIER CERRATO ALLENDE,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Psicología Social y Metodología de las Ciencias del Comportamiento)

Vocal: AINHOA SAITUA IRIBAR,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Economía Financiera I)

Vocal: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Derecho de la Empresa)

Vocal: AMAIA INZA BARTOLOMÉ,
Profesora de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Araba) de la UPV/EHU (Departamento de Sociología y Trabajo Social)

Vocal: EGUZKI URTEAGA OLANO,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Araba) de la UPV/EHU (Departamento de Sociología y Trabajo Social)

Vocal: JON LAS HERAS CUENCA,
Profesor de la Facultad de Economía y Empresa (Elkano) (Campus de Bizkaia) (Departamento de Economía Industrial).

Vocal: JON BERNAT ZUBIRI REY,
Profesor de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU (Departamento de Economía Aplicada I)

Vocal: LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,
Investigadora, doctoranda Nord Universitet, Noruega

Vocal: CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad Autónoma de Madrid - UAM (Departamento de Sociología)

Secretario Administrativo: RAFAEL RUIZ SÁNCHEZ,
PAS, Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU

ARGITALPEN BATZORDEA:

Zuzendaria: LUIS BELAUSTEGI IBARLUZEA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Soziologia II Saila)

Argitalpen idazkaria: KEPA XABIER APELLÁNIZ VALLE,
UPV/EHUko Ekonomia eta Enpresa Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Soziologia eta Gizarte Langintza Saila)

Kidea: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Enpresa Zuzenbidea Saila)

Kidea: FRANCISCO JAVIER CERRATO ALLENDE,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Gizarte Psikologia eta Portaera Zientzien Metodologia Saila)

Kidea: AINHOA SAITUA IRIBAR, UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Finantza Ekonomia I Saila)

Kidea: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Enpresa Zuzenbidea Saila)

Kidea: AMAIA INZA BARTOLOME,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Arabako Campusa) (Soziologia eta Gizarte Langintza Saila)

Kidea: EGUZKI URTEAGA OLANO,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Arabako Campusa) (Soziologia eta Gizarte Langintza Saila)

Kidea: JON LAS HERAS CUENCA,
UPV/EHUko Ekonomia eta Enpresa Fakultateko irakaslea (Elkano) (Bizkaiko Campusa) (Industri Ekonomia)

Kidea: JON BERNAT ZUBIRI REY
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea (Bizkaiko Campusa) (Ekonomia Aplikatua I Saila)

Kidea: LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,
Ikertzailea, doktoretza ikaslea Nord Universitet, Norvegia

Kidea: CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
Ekonomia eta Enpresa Zientzien Fakultateko irakaslea, Universidad Autónoma de Madrid - UAM (Soziologia Saila)

Administrazio Idazkaria: RAFAEL RUIZ SANCHEZ,
AZP, UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatea (Bizkaiko Campusa)

CONSEJO ASESOR:

JAVIER ALONSO SANTOS, coordinador del Preco del Consejo de Relaciones Laborales

JON BILBAO, director de Relaciones Laborales de CONFEBASK

CRISTINA CARRASCO, profesora titular de Teoría Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona

LUIS CASTELLS, catedrático de Historia Contemporánea de la UPV/EHU

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, ex magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MARCELA ESPINOSA PIKE, profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la UPV/EHU

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, presidente de Aedipe Norte

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV/EHU

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, diputada foral del Departamento de Empleo, Inserción Social e Igualdad, Diputación Foral de Bizkaia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, profesor titular de Dirección de Personal de la UPV/EHU

JOSÉ LUIS MONEREO, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

CARLOS PRIETO, codirector de la revista *Sociología del Trabajo* y Profesor Titular de Sociología de la UCM

ALBERT RECIO, profesor titular de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona

JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, director de Ingaralde, organismo autónomo local para el desarrollo de Barakaldo

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, responsable de Comunicación de la Agrupación de Sociedades Laborales de Euskadi (ASLE)

NEKANE SAN MIGUEL, magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia

AHOLKULARITZA:

JAVIER ALONSO SANTOS, Lan Harremanen Kontseiluko Precoren koordinatzailea

JON BILBAO, CONFEBASKeko Lan Harremanen zuzendaria

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, UPV/EHUko Historia Garaikideko katedraduna

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiko Lan Arloko magistratua ohia

MARCELA ESPINOSA PIKE, UPV/EHUko Finantza Ekonomia eta Kontabilitateko irakasle titularra

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norteko lehendakaria

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, UPV/EHUko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegua, Gizarteratzea eta Berdintasuna Sustatzeko Saileko foru diputatua, Bizkaia Foru Aldundia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langile Zuzendaritzako irakasle titularra

JOSÉ LUIS MONEREO, Granadako Unibertsitateko Lana eta Gizarte-Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkarioko zuzendarikidea eta UCMeko Soziologiako irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuako irakasle titularra

JAVIER RODRÍGUEZ ALBUQUERQUE, Barakaldoko garapenerako erakunde autonomo lokala den *Ingaraldeko* zuzendaria

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskadiko Lan Elkarleen Taldeko Komunikazio arduraduna

NEKANE SAN MIGUEL, Bizkaiko Probintzia Auzitegiako magistratua

IMANOL ZUBERO, profesor titular
de Sociología de la UPV/EHU

JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, profesor
de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, ex profesor
de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo
Social (Campus de Bizkaia) de la UPV/EHU

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko
Soziologiako irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUFIAUR, Madrilgo
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHUko
Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateko
irakasle ohia (Bizkaiko Campusa)

AURKIBIDEA / ÍNDICE

Presentación. Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro / Aurkezpena. Enplegua eta gizarteratzearen arteko harremanak: eraldaketak eta etorkizuneko erronkak, por Luis Belaus-tegi.	9
---	---

Introducción / Sarrera, por Imanol Zubero Beaskoetxea.	13
--	----

Sección monográfica / Atal monografikoa

<i>¿Qué ocurre con la empleabilidad? Reflexiones críticas sobre su orientación y desafíos en tiempos de crisis</i> Elsa Santamaría López, Xavier Orteu Guiu.	21
--	----

<i>El empleo temporal en las administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva</i> Francisco Javier Arrieta Idiakez.	41
--	----

<i>El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)</i> Elisa Sierra Hernaiz.	73
--	----

<i>Nueva normativa de divulgación de información no financiera para grandes empresas. Análisis de casos sobre políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar</i> Kamilla Teixeira-Silva, Ainhoa Saitua-Iribar.	95
---	----

<i>Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación</i> María del Carmen López Aniorde.	120
---	-----

<i>La documentación de las dietas como requisito para su deducción de la cotización a la Seguridad Social</i> Francisco Vigo Serralvo.	156
--	-----

<i>Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia</i> Henar Álvarez Cuesta	175
<i>Los servicios de prevención de riesgos laborales en tiempos del coronavirus</i> Rubén López Fernández	202
<i>La realización de reconocimientos médicos para la detección de COVID-19 a los trabajadores</i> Mirentxu Marín Malo	216
<i>La industria 4.0 y las nuevas formas de trabajar: una perspectiva desde el caso mexicano en tiempos del COVID-19</i> Emmanuel López Pérez	244
<i>Aproximación al abuso de sustancias en el lugar de trabajo en los Estados Unidos y en España: comparación de ambos sistemas</i> Álvaro San Martín Rodríguez	264

LAS RELACIONES ENTRE EMPLEO E INCLUSIÓN SOCIAL: TRANSFORMACIONES Y RETOS DE FUTURO

*The relationship between employment and social inclusion:
changes and challenges for the future*

El presente número 43 de LAN HARREMANAK es producto de la confluencia de dos circunstancias radicalmente diferentes pero inspiradoras ambas: de un lado, es producto de la colaboración de la revista y de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social con el Grupo de Investigación *CIVERSITY: Ciudad y Diversidad*, colaboración que se encuadra en el ámbito de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional [CSO2015-70085-R. MINECO-FEDER] desarrollado por el mencionado Grupo de Investigación y que permitirá la publicación y estructuración de este número monográfico, tanto en la manera digital habitual como en formato impreso. En este sentido, el Consejo de Redacción de LAN HARREMANAK quiere agradecer su disposición y trabajo a Amaia Izaola y a Imanol Zubero, sin los cuales esta colaboración hubiera sido imposible. La introducción del número actual en su versión ultimada correrá a cargo, precisamente, de *CIVERSITY*.

La segunda circunstancia es, ciertamente, más desafortunada. Durante los últimos meses la pandemia generada por el virus SARS-CoV-2 y el confinamiento correspondiente han incidido sensiblemente en la práctica totalidad de las facetas de nuestra experiencia vital cotidiana. La acusada intensidad y amplitud del fenómeno, desconocida para la mayoría de las generaciones actuales, se explica en buena medida por el cruce de relaciones entre lo sanitario y lo laboral. En efecto, las medidas socio-sanitarias ante la expansión enfermedad Covid-19 y sus efectos han impactado en el mundo del trabajo-empleo de forma singular y, al hacerlo, el ámbito de lo laboral ha devuelto amplificado, enriquecido y pro-

longado ese impacto en nuestras vidas cotidianas. El trabajo es una faceta vital, sí, pero además dotada de una especial capacidad de incidir en el resto de aspectos que componen la experiencia cotidiana de las personas, los grupos, las organizaciones y las instituciones sociales.

Como no podía ser menos, esta situación ha afectado también al número 43 LAN HARREMANAK y lo ha hecho en un doble sentido: de un lado ha complicado su elaboración, como resultado que es de un proceso de trabajo, igual que cualquier otro bien o servicio que se produce socialmente; pero, de otro lado, ha supuesto también un importante objeto de reflexión y estudio para algunos de los aportes que tenemos la satisfacción de compartir.

Todos los artículos que proponemos a las lectoras y lectores, como es habitual han obtenido la aprobación de sus evaluadoras y evaluadores externos correspondientes, por decisión mayoritaria, y con un mínimo de dos evaluaciones positivas. Queremos mostrar nuestro mayor agradecimiento al amplio elenco de personas evaluadoras por su gran desempeño, realizado además en tiempos de sobrecarga de trabajo y problemas de conciliación en muchos casos. Sin sus consejos, correcciones, y valoraciones el número 43 no hubiera sido posible con la presente calidad. También nuestro agradecimiento las autoras y autores que han querido publicar sus trabajos en LAN HARREMANAK.

Un cordial saludo.

Luis Belaustegi

LAN HARREMANAK – Revista de Relaciones Laborales
Director

30 de junio de 2020

ENPLEGUA ETA GIZARTERATZEAREN ARTEKO HARREMANAK: ERALDAKETAK ETA ETORKIZUNEKO ERRONKAK

LAN HARREMANAK aldizkariaren 43. zenbaki hau bi zirkunstantzia erabat desberdin baina inspiratzaileak bateratzearen emaitza da: alde batetik, aldizkariak eta Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultateak *CIVERSITY: hiria eta Aniztasuna Ikerketa Taldearekin* duten lankidetzaren emaitza da. Lankidetzaz hori Ekonomia eta Lehiakortasun Ministerioak eta Eskualde Garapenerako Europako Funtzak finantzaturako ikerketa-proiektu baten esparruan kokatzen da [CSO2015-Eskualde Garapenerako Europako Funtza. MINECO-FEDER], ikerketa talde horrek garatu duela, eta aukera emango digu ale monografiko hau argitaratzeko eta egituratzeko, bai ohiko modu digitalean, bai inprimaturako formatuan. Ildo horretan, LAN HARREMANAK aldizkariako Erredakzio Kontseiluak eskerrak eman nahi dizkie Amaia Izaolari eta Imanol Zuberori erakutsi duten prestutasunagatik eta lanarengatik, horiek gabe ezinezkoa izango baitzen aipaturako lankidetzaz. *CIVERSITY*k hartu du, baita ere, egungo zenbakiaren bertsio burutuari sarrera egitearen hardura.

Bigarren zirkunstantzia, jakina, zoritxarrekoagoa da. Azken hilabeteetan, SARS-CoV-2 birusak sortutako pandemiak eta dagokion konfinamenduak eragin nabarmena izan dute gure eguneroko bizi-esperientziaren ia alderdi guztietan. Fenomenoaren intentsitate eta zabaltasun nabarmena, gaur egungo belaualdi gehientzat ezezaguna dena, neurri handi batean osasunaren eta lanaren arteko harremanak azaltzen dute. Hain zuzen ere, Covid-19 gaixotasunaren hedapenaren aurreko neurri soziosanitarioek eta haren ondorioek eragin berezia izan dute lan-enpleguaren munduan, eta, hori egitean, lanaren esparruak areagotu, aberastu eta luzatu egin du inpaktu hori gure eguneroko bizitzan. Lana bizi-alderdi bat da, bai, baina, gainera, pertsonen, taldeen, erakundeen eta gizarte-erakundeen eguneroko esperientzia osatzen duten gainerako alderdietan eragiteko gaitasun berezia du.

Jakina, egoera horrek eragina izan du Lan Harremanak-en 43. zenbakian, eta bi zentzutan egin ere: alde batetik, zenbakia lantzea oztopatu egin du, lan-prozesu baten ondorioa baitaz, sozialki ekoizten den beste edozein ondasun edo zerbitzuren antzera; baina, bestetik, zenbaki honetan atsegin handiz partekatzen ditugun ekarpen batzuetarako hausnarketa- eta azterketa-objektu garrantzitsua ere izan da.

Irakurleei proposatzen dizkiegun artikulu guztiek, ohi bezala, kanpoko ebaluatzaileen onespina jaso dute, gehingoaren erabakiz, eta gutxienez bi ebaluazio positibo izanik. Gure eskerrik beroenak eman nahi dizkiegu ebaluatzaileen zerrenda zabalari, lan-karga handiko garaietan eta, kasu askotan, lana eta familia bateratzeko arazoetan murgilduta egindako lan handiagatik. Haien aholku, zuzenketa eta baloraziorik gabe, 43 zenbakia ez zatekeen posible izango kalitate honekin. Gure esker ona, halaber, beren lanak LAN HARREMANAKen argitaratu nahi izan dituzten egileei.

Agur bero bat.

Luis Belaustegi

LAN HARREMANAK – Revista de Relaciones Laborales
Zuzendaria

2020ko ekainaren 30

INTRODUCCIÓN

Este número de la revista LAN HARREMANAK es uno de los productos derivados del proyecto de investigación «Cohesión Social Activa» (CSO2015-70085-R). Este proyecto, pretendía profundizar en el análisis vinculado de dos procesos que han transformado ya profundamente, y lo harán aún más en el próximo futuro, tanto el empleo como las condiciones generales para la integración socioeconómica de las personas en sociedades como la nuestra.

En general, las propuestas de modificación de los regímenes de bienestar europeos orientadas por la filosofía del *welfare-to-work* no tienen suficientemente en cuenta los cambios que a lo largo de las últimas tres décadas han experimentado los mercados de trabajo en la Unión Europea. Se sigue afirmando la fórmula de que «la creación de empleo es la mejor política social», sin tomar en consideración el hecho de que la transformación de la norma social de empleo característica del mercado de trabajo europeo (keynesiana-fordista) ha erosionado la capacidad integradora que se supone al trabajo asalariado.

El objetivo central del proyecto consistía en vincular dos análisis generalmente yuxtapuestos o, cuando menos, no suficientemente relacionados: el análisis de las transformaciones en los regímenes de bienestar europeos, que apuntan a una convergencia creciente hacia un modelo de *workfare* en el que la activación para el empleo se vuelve central, y el análisis de las transformaciones en la norma social de empleo (de la estabilidad a la flexibilidad). Ni la protección social debería descualificar o desincentivar ni el empleo desproteger de derechos sociales básicos. Integrar efectivamente ambas perspectivas, la activadora y la protectora, significa tomarse en serio el reto al que nos enfrentamos. Rompiendo incluso con viejas distinciones entre políticas activas y pasivas, para asumir que no hay sociedad activa que no sea, a la vez, una sociedad cohesionada.

El primer artículo, firmado por Elsa Santamaría López y Xavier Orteu Guiu, somete a revisión las carencias de las políticas activas de empleo focalizadas exclusivamente en la empleabilidad, que lejos de mejorar de manera generalizada

la inclusión laboral produce muchas veces exclusión, desigualdad, desprotección y precariedad. Para evitar estas consecuencias perversas, la autora y el autor proponen una aproximación más compleja, que incorpore a las políticas activas de empleo dimensiones hoy apenas presentes como son el fortalecimiento del sentido de pertenencia y el énfasis en la utilidad social de las actividades a las que se incorporen las personas en procesos de orientación y formación sociolaboral.

El segundo artículo, elaborado por Francisco Javier Arrieta Idiákez, aborda una de las cuestiones que de manera más clara explican la degradación del empleo: el abuso de la temporalidad en los procesos de contratación y organización del trabajo en las Administraciones públicas. Aunque el sector público funciona, en principio, al margen de los factores que, según la literatura dominante, explican la flexibilización precarizadora del empleo (globalización y desconcentración productiva, competencia internacional mediante la devaluación salarial), lo cierto es que se trata de un sector laboral fuertemente temporalizado. El artículo busca explicar las razones de esta situación, así como la existencia o no de mecanismos legales que pudieran limitar la temporalidad abusiva.

En el tercer artículo, Elisa Sierra Hernáiz analiza los problemas que presenta la aplicación del artículo 50 del estatuto de los Trabajadores, que regula la extinción voluntaria del contrato de trabajo, en particular en lo que se refiere al menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora como causa justa para solicitar dicha extinción. Estos problemas tienen que ver, fundamentalmente, con la relativa indeterminación jurídica del concepto de «dignidad del trabajador», lo que conlleva un tratamiento individualizado de cada caso denunciado, así como que la carga de la prueba recaiga sobre la persona denunciante. Sin embargo, la autora considera que esta situación cambia sustancialmente cuando el ataque a la dignidad afecte a derechos fundamentales como en los casos de acoso moral o de incumplimiento por parte de la empresa de la garantía de indemnidad, es decir, el derecho de toda persona trabajadora no ser objeto de represalias por reclamar o ejercitar sus derechos laborales.

En el cuarto artículo, Kamilla Teixeira Silva y Ainhoa Saitua-Iribar se aproximan a las políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, una cuestión sumamente sensible cuando de reflexionar sobre las tensiones entre empleo y cohesión social se trata. En concreto, las autoras analizan la información que al respecto han comunicado cuatro empresas españolas, en el marco de la directiva 2014/95/UE, que exige a las grandes empresas la presentación de un *Estado de Información No financiera* que recoja las políticas y medidas relacionadas con aspectos sociales implementadas por estas, entre ellas las relativas a la conciliación familiar.

María del Carmen López Aniorte profundiza en su artículo, el número cinco de este ejemplar, en la persistencia de la desigualdad de género en materia de protección social, y ello a pesar de la obligación legal de incorporar la pers-

pectiva de género en el diseño y aplicación de toda la normativa de seguridad social. Esta desigualdad flagrante se manifiesta de manera particularmente hiriente en el diferente acceso de mujeres y de hombres al disfrute de la pensión de jubilación, que lleva a la autora a señalar una recurrente vulneración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en las sucesivas reformas del sistema de pensiones.

En el sexto artículo, Francisco Vigo Serralvo, estudia una cuestión eminentemente aplicada, centrada en cuál es la forma de acreditar el carácter extrasalarial de los importes abonados en concepto de dietas, para poder deducirlos de la cotización a la Seguridad Social. Se trata de una cuestión disputada en el seno de nuestra doctrina judicial contencioso-administrativa, con diferentes consecuencias para las empresas y las personas trabajadoras en función de que prime un criterio u otro.

Cuando este número de LAN HARREMANAK estaba en proceso de elaboración nos sorprendió la pandemia de la COVID-19. Esta situación explica que varios de los artículos recibidos se aproximen a sus efectos sobre el ámbito laboral, desde planteamientos muy diversos.

En un oportuno artículo, el séptimo de este número, Henar Álvarez Cuesta reflexiona sobre la posibilidad, más que cierta, de que el recurso al teletrabajo, adoptado como medida de emergencia para responder al confinamiento derivado del estado de alarma, se convierta en una opción normalizada en el futuro próximo. El autor analiza las carencias que presenta la regulación actual del trabajo a distancia, así como la manera de evitar que deriven en nuevas formas de desprotección de las personas teletrabajadoras.

En el mismo sentido, Rubén López Fernández analiza en su artículo el funcionamiento de los servicios de prevención de riesgos laborales ante el impacto del coronavirus, repasando las principales medidas normativas adoptadas a este respecto, así como el tratamiento dispensado a las trabajadoras y trabajadores especialmente sensibles a la exposición por el virus.

El noveno artículo, firmado por Mirentxu Marín Malo, aborda algunas de las problemáticas asociadas a la realización de pruebas de carácter obligatorio para la detección de sintomatología compatible con la COVID-19 en el entorno laboral, en particular la posibilidad de que tales pruebas, dirigidas a proteger la seguridad y salud en el trabajo, puedan colisionar con el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales.

En el siguiente artículo, el décimo de los que componen este número, Emmanuel López Pérez nos traslada a México y nos propone un análisis de las nuevas formas de trabajo y protección social relacionadas con la denominada industria 4.0, caracterizada por una fuerte presencia de la tecnología, y su relación con la pandemia generada por el virus COVID-19.

Por último, el artículo de Álvaro San Martín Rodríguez se aproxima a un problema no muy estudiado, cual es el abuso de sustancias en el ámbito laboral, con sus efectos tanto sobre la actividad de las empresas (absentismo, aumento de los costes médicos, disminución de la productividad) como para las personas trabajadoras (problemas de salud, sanciones, despidos o discapacidades). El autor analiza los sistemas regulatorios orientados a afrontar esta problemática en Estados Unidos y en España que, en su opinión, no están consiguiendo garantizar una gestión adecuada de la misma.

Leioa, 30 de junio de 2020

Imanol Zubero Beaskoetxea

Grupo de investigación CIVERSITY Ikerkuntza taldea

<http://civersity.net/>

SARRERA

LAN HARREMANAK aldizkariaren ale hau «Gizarte Kohesio Aktiboa» (CSO2015-70085-R) izeneko ikerketa-proiektuaren emaitzetako bat da. Proiektu horrek bi prozesurekin zerikusia duten analisisan sakontzea du xede; izan ere, prozesu horiek sakonean eraldatu dituzte, eta are gehiago eraldatuko dituzte etorkizun hurbilean, bai enplegua eta bai pertsonak gurea bezalako gizarteetan arlo sozioekonomikoan integratzeko baldintza orokorrak.

Oro har, *welfare-to-work* filosofia oinarri duten Europako ongizate-erregimenak aldatzeko proposamenek ez dituzte behar beste kontuan hartzen Europar Batasuneko lan-merkatuetan azken hiru hamarkadetan izandako aldaketak. Oraindik ere «gizarte-politikarik hoberena enplegua sortzea da» tesia formulatzen da, kontuan hartu gabe Europako lan-merkatuaren bereizgarri den enpleguaren arau soziala (keynestar-fordistarra) aldatzeak indargabetu egin duela soldatapeko lanak beharko lukeen gaitasun integratzailea.

Proiektuaren helburu nagusia bi analisi lotzea da, normalean elkarren kontra ageri direnak, edo, behintzat, ez oso lotuta. Hauek dira bi analisi horiek: Europako ongizate-erregimenetan izandako aldaketak (enplegurako aktibazioa ardatz duen *workfare* eredurantz egiteko gero eta joera handiagoa adierazten dute aldaketa horiek) eta enpleguaren arau sozialean izandako aldaketak (egonkortasunetik malgutasunerantz). Gizarte-babesak ez luke deskualifikatu edo estimulua kendu behar, eta enpleguak ez luke oinarrizko eskubide sozialik gabe utzi behar. Bi ikuspegi horiek, aktibatzailea eta babeslea, benetan integratzeak erronka seriotasunez hartzea esan nahi du. Politika aktiboen eta pasiboen arteko garai bateko bereizketak alde batera utzi behar dira, onartuko badugu ez dagoela gizarte aktiborik era berean gizarte kohesionatua ez denik.

Lehenbiziko artikularen egileak Elsa Santamaría López eta Xavier Orteu Guiu dira, eta enplegagarritasunera soilik bideratutako enplegu-politika aktiboen gabeziak aztertu dituzte, politika horiek laneratzea, oro har, hobetu beharrean, askotan bazterketa, berdintasunik eza, babesgabetasuna eta prekarietatea

eragiten baitute. Ondorio anker horiek eragozte aldera, egileek hurbilketa konplexuago bat proposatzen dute, zehazki, enplegu-politika aktiboei gaur egun apenas kontuan hartzen diren ikuspegiak gehitzen dien hurbilketa. Ikuspegi horiek dira, besteak beste, kide izatearen sentimendua sendotzea, eta orientabideko zein prestakuntza soziolaboraleko prozesuetan parte hartzen duten pertsonentzako jardueren baliagarritasun soziala azpimarratzea.

Bigarren artikulua Francisco Javier Arrieta Idiakezek idatzi du, eta enpleguaren degradazioa argien azaltzen duen gaietako bat du aztergai: behin-behinekotasunaren gehiegizko erabilera kontratazio-prozesuetan eta lan-antolaketan, administrazio publikoetan. Nahiz eta sektore publikoa, hasiera batean, prekaritatea dakarren malgutasunaren faktoreetatik at jarduten den (gailentzen den literaturaren arabera, hauek dira faktoreak: globalizazio eta deskontzentrazio produktiboa, eta soldataren balio-gutxitzearen bidezko nazioarteko lehia), egia da behin-behinekotasun handiko lan-sektorea dela. Artikuluak egoera hori zerk eragiten duen azaltzea du xede, bai eta gehiegizko behin-behinekotasuna mugatu dezaketen mekanismo legalak badauden ala ez azaltzea ere.

Hirugarren artikulua egilea Elisa Sierra Hernáiz da, eta Langileen Estatutuaren 50. artikulua (Langilearen borondatez kontratua amaitzea) aplikatzeak dakartzan arazoak aztertzen ditu, eta bereziki, langileak kontratua amai dadila eskatzeko bidezko arrazoiak bere duintasuna gutxitzea izateak dakartzan arazoak. Arazo horiek zerikusia dute, funtsean, *langilearen duintasuna* kontzeptua juridikoki zehaztu gabe egotearekin, eta horrek berekin dakar salatutako kasu bakoitza banaka tratatzea, bai eta probaren zama salatzaileari egokitzea ere. Hala ere, egilearen ustez, egoera hori nabarmen aldatzen da duintasuna kaltetzeak oinarritzko eskubideei eragiten badie, hala nola jazarpen moraleko kasuetan edo enpresak kalte-ordainaren bermea betetzen ez duenean, hau da, lan-eskubideak baliatzeagatik edo eskatzeagatik langile orok errepresaliak ez jasateko duen eskubidea betetzen ez denean.

Laugarren artikuluan, Kamilla Teixeira Silva eta Ainhoa Saitua-Iribar egileek lana, bizitza pertsonala eta familia uztartzeko politikak aztertu dituzte, oso arazo delikatua bera, enpleguaren eta kohesio sozialaren arteko tentsioari buruzko hausnarketa egin dutela jakinik. Zehazki, 2014/95/EB Zuzentarauari jarraituz Espainiako lau enpresek jakitera eman zuten informazioa aztertu dute egileek. Zuzentaru horretan xedatutakoaren arabera, enpresa handiek derrigorrez aurkeztu behar dute alderdi sozialekin zerikusia duten politikak eta neurriak biltzen dituen informazio ez-finantzarioaren txostena.

María del Carmen López Aniorrek gizarte-babesaren alorreko genero-desberdintasunaren gaia sakon aztertu du ale honen bosgarren artikuluan. Egileak adierazi du oraindik ere genero-desberdintasuneko egoerak daudela, eta hori hala dela nahiz eta Gizarte Segurantzako araudi ororen diseinuan eta aplikazioan genero-ikuspegia txertatzeko legezko betebeharrak duten. Ageriko desberdintasu-

nik eza bereziki iraingarria da erretiro-pentsioa jasotzeko aukeran, desberdintasun handiak baitaude gizonen eta emakumeen artean. Horren inguruan egileak adierazi du pentsio-sistemaren erreformatan behin eta berriz urratu dela tratua eta aukera-berdintasunaren printzipioa.

Francisco Vigo Serralvok, seigarren artikuluan, nabarmen aplikatzen den gai bat aztertu du: dieten kontzeptuan jasotako zenbatekoak soldataz kanpokoak direla frogatzeko modua, Gizarte Segurantzako kotizaziotik kendu ahal izateko. Administrazioarekiko auziei buruzko gure doktrina judizialean eztabaidatutako gaia da, eta oso bestelako ondorioak eragiten dizkie, lehenetsitako irizpidearen arabera, enpresei eta langileei.

LAN HARREMANAK aldizkariaren ale hau prestatzen ari ginela, ustekabean harrapatu gintuen COVID-19 gaitzaren pandemiak. Horrenbestez, jaso ditugun artikuluetako batzuk lan-alorrean eragin dituen ondorioei buruzkoak dira, oso bestelako planteamenduak oinarri hartuta.

Horren harira, Henar Álvarez Cuestaren zazpigarren artikulua oso aproposa da; hain zuzen ere, telelanari buruzko hausnarketa egin du. Egilearen uztez, alarma-egoeraren ondorengo konfinamenduari aurre egiteko neurri gisa ezarri zen telelana, eta aukera dago, oso handia, etorkizun hurbilean jardun normalizatu bilakatzeko. Urrutiko lanaren egungo erregulazioak dituen gabeziak aztertu ditu egileak, baita gabezia horiek telelangileak babesik gabe uzteko modu berri bihurtzea eragozteko modua ere.

Ildo beretik, Rubén López Fernándezek koronabirusaren inpaktuaren aurrean lan-arriskuen prebentziorako zerbitzuek zer-nolako jarduna izan duten aztertu du bere artikuluan. Horren inguruan ezarri diren arazuko neurri nagusiak berrikusi ditu, bai eta birusarekiko bereziki zaugarriak diren langileei emandako tratua ere.

Mirentxu Marín Malorena da bederatzigarren artikulua, eta COVID-19 gaitzarekin bateragarriak diren sintomak hautemateko lan-alorrean derrigorrean probak egitearekin zerikusia duten arazoetako batzuk landu ditu. Zehazki, zera aztertu du: lanean segurtasuna eta osasuna babeste aldera egindako proba horiek zenbateraino egin dezaketen talka intimitaterako eskubidearekin eta datu pertsonalen babesarekin.

Hurrengo artikuluan, ale honetako hamargarrenean, Emmanuel López Pérezek Mexikora garamatza. Hain zuzen ere, lan egiteko modu berriak, 4.0 industria esaten zaionarekin zerikusia duen gizarte-babesa (teknologia gailentzen den industria) eta haiek guztiak COVID-19 gaitzak eragindako pandemiarekin duten lotura ditu aztergai.

Eta azkenik, Álvaro San Martín Rodríguezen artikulua inoiz aztertu ez den arazo bati buruzkoa da: substantzia-abusua lan-alorrean eta haien ondorioak, bai

enpresetako lan-jardueran (absentismoa, gastu-medikuak haztea, produktibitateak behera egitea), bai langileengan (osasun-arazoak, zigorrak edo zehapenak, kaleratzeak eta desgaitasunak). Ameriketako Estatu Batuetan eta Espainian problematika horri aurre egitera bideratutako erregulazio-sistemak aztertu ditu egileak, eta, bere iritziz, ez dira behar bezalako kudeaketa bermatzea lortzen ari.

Leioa, 2020ko ekainaren 30a

Imanol Zubero Beaskoetxea

Grupo de investigación CIVERSITY Ikerkuntza taldea
<http://civersity.net/>

¿QUÉ OCURRE CON LA EMPLEABILIDAD? REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU ORIENTACIÓN Y DESAFÍOS EN TIEMPOS DE CRISIS

*What about employability? Critical reflections on employability approach
and challenges in times of crisis*

ELSASANTAMARÍA LÓPEZ*, XAVIER ORTEU GUIU

Universitat Oberta de Catalunya, España

RESUMEN

Este artículo revisa las limitaciones que las políticas activas de empleo, bajo la lógica de la empleabilidad, tienen en las posibilidades de inclusión en el mercado de trabajo. Se observa que la lógica de la empleabilidad, integrada en el imaginario neoliberal, lejos de tener unos resultados claros en la mejora de la participación laboral, contribuye a las desigualdades y a las situaciones de desprotección y de precariedad laboral contemporáneas. Por lo tanto, se propone la necesidad de encontrar otros enfoques de la empleabilidad que sitúen al trabajo como una forma de participación social y no únicamente como una modalidad de provisión de ingresos. Se concluye que para que la empleabilidad no se limite sólo a una cuestión de mejora técnica en el acceso a un empleo, necesitaría ser encauzada como una herramienta colectiva de recuperación del sentido de pertenencia y de utilidad social.

Palabras clave: empleabilidad, precariedad, desigualdades, políticas activas de empleo

ABSTRACT

This article reviews the limitations that active employment policies, under the logic of employability, have on the possibilities of inclusion in the labour market. It is observed that the logic of employability, with a neoliberal approach, far from having clear results in improving labour participation, contributes to inequalities and to contemporary situations of lack of protection and labour precariousness. Therefore, it is proposed that other approaches to employability be found that situate work as a form of social participation and not only as a modality of income provision. The conclusion is that if employability is not to be limited to a question of technical improvement in access to employment, it would need to be channelled as a collective tool for recovering a sense of belonging and social usefulness.

Keywords: employability, precariousness, inequalities, active employment policies.

* **Correspondencia a:** Elsa Santamaría López. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Rambla del Poblenou, 156, 08018 Barcelona (España) – esantamarial@uoc.edu – <https://orcid.org/0000-0001-9000-7879>

Cómo citar: Santamaría López, Elsa; Orteu Guiu, Xavier. (2020). «¿Qué ocurre con la empleabilidad? Reflexiones críticas sobre su orientación y desafíos en tiempos de crisis»; *Lan Harremanak*, 43, 21-40. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21657>).

Recibido: 19 abril, 2020; aceptado: 09 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

El avance del capitalismo ha seguido un ritmo acelerado desde los años 70 y 80 del siglo pasado, adaptando los empleos a un tipo de producción más inestable y flexible que se desenvuelve en una escala de dimensiones globales. Por aquellos años también se produce un giro neoliberal predominante en las políticas económicas y en las políticas de gestión del empleo, mediante las cuales el trabajo queda cada vez más desregulado y subordinado a los vaivenes de los mercados. Como consecuencia de la flexibilidad en los procesos productivos y la desregulación de las prácticas laborales, ha aumentado la precariedad laboral, tanto en el trabajo asalariado como en las nuevas formas de empleo. Pero esta precariedad se ha venido manifestando no sólo en las formas de empleo (más temporal, parcial y externalizado) sino también en procesos como el mercado individualismo, que responsabiliza a los sujetos de su situación en el mercado laboral, o una concepción del tiempo, acelerado y cortoplacista, en el que se produce una intensificación del trabajo con continuas exigencias laborales y profesionales. Se trata de procesos marcados por una racionalidad neoliberal, que somete la relación con el trabajo a los principios de competencia y rentabilidad de los resultados, y que no sólo se quedan en el ámbito laboral, sino que se extienden a otros ámbitos de la vida social, imponiendo una determinada forma de organizar el mundo y la vida (Laval y Dardot, 2013).

Así como las transformaciones del mundo del trabajo no pueden ser entendidas sin tener en cuenta los cambios acontecidos aquellos años, más adelante, en concreto desde el periodo del cambio de siglo, se vienen sucediendo una serie de procesos ligados a la digitalización y la automatización que están generando todavía más dudas y distorsiones en el mundo del trabajo en particular, y en el sistema económico en general. Algunas interpretaciones de estos cambios se han hecho bajo la idea de transición hacia una «economía informacional» (Castells, 1996), un «capitalismo digital» (Schiller, 2000) o de un «capitalismo cognitivo» (Moulier Boutang *et al.*, 2004), entre otros.

En este escenario transicional, son recurrentes los debates acerca del futuro del empleo en los que se pronostica que la tecnología hará desaparecer gran parte de los empleos existentes. Realmente desconocemos las dimensiones que puede adquirir este posible «desempleo tecnológico» como tampoco podemos saber, si los nuevos empleos que puedan crearse serán suficientes para contrarrestar los que desaparezcan. Lo que sí que está más claro es que procesos como la automatización y la digitalización seguirán avanzando teniendo un papel principal, como ya puede verse, en la creación de nuevos modelos de negocio (Startups, economías de plataforma, etc.) y también en el desarrollo de diferentes modalidades de trabajo (por objetivos, por proyectos, microtarefas, bajo demanda, etc.). Los efectos de lo digital se están manifestando transformando dónde, cuándo, cómo y con qué capacidades y habilidades trabajamos. También lo digital está

entrando en otras dimensiones de las relaciones laborales, como son: los procesos selectivos, la búsqueda de trabajo, el desarrollo profesional, entre otros.

Los análisis empíricos que hay sobre los procesos de transformación digital, ponen de relieve que no se están desarrollando de forma homogénea, sino que registran variaciones significativas entre las diferentes zonas geográficas, sectores productivos y tipos de empresa. A esto se suma, además, el hecho que las oportunidades y las precariedades que genera este fenómeno (modalidades de empleos al margen de los contratos laborales, explotación, discriminación, etc.) se reparten de forma desigual sobre los distintos grupos de población, en base a variables como el género, edad, origen, nivel de cualificación o de renta (Eurofound e International Labour Office, 2019).

A todo esto, nos encontramos que para poder tener un diagnóstico apropiado del mundo del trabajo tenemos que atender a las consecuencias de sucesivas crisis económicas, como la crisis financiera del año 2008 que fue devastadora para el empleo, a partir de la cual se vivieron unas elevadísimas tasas de desempleo fundamentalmente en los países del sur de Europa y la más reciente crisis sanitaria del año 2020, con la declaración de pandemia global por el virus COVID-19, cuyo impacto económico se está gestando todavía y cuyas consecuencias son difíciles aún de predecir. Precisamente, en la redacción de este artículo, nos encontramos inmersos en un «estado de alarma» y con medidas de confinamiento, en plena crisis sanitaria de la que poco sabemos aún cómo va a ir avanzando, pero cuyos efectos sobre el empleo presagian ser «devastadores» (OIT, 2020). Las medidas tomadas para frenar la expansión del virus han supuesto la frenada en seco de la actividad de sectores económicos enteros, con los consiguientes despidos y con la extinción y no renovación de los contratos temporales. Exactamente los focos de precariedad del mercado de trabajo español, en que el número de personas desempleadas es alto y se depende de una excesiva temporalidad laboral. Los despidos se han tratado de paliar en cierta medida por la extensión de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTES) con condiciones excepcionales, y se han tenido que establecer prestaciones y subsidios extraordinarios para determinados colectivos. Aquellos sectores que han podido mantener la actividad, lo han hecho ralentizando producciones, gestiones y servicios y sobre todo gracias a la extensión del teletrabajo, que ha adquirido una generalización imposible de pensar antes de esta pandemia.

Desde esta fase inicial de crisis y sin tener claro cuál será su rumbo, podemos vislumbrar que vendrán tiempos de incertidumbre aún mayores para el empleo y que serán más necesarias que nunca, políticas que antepongan el bien común a los beneficios económicos, garantizando las condiciones de vida, así como la protección social fundamental para las personas que más lo necesitan.

En todo caso, es importante señalar es que los debates sobre el futuro del empleo quedan incompletos si no se tiene en cuenta también el futuro del tra-

bajo. Y esta diferencia entre empleo y trabajo deviene fundamental. Si el trabajo es el nombre que toma actividad humana destinada a generar valor social, el empleo sólo sería la modalidad actual que ha tomado una parte de esta actividad. Una modalidad condicionada a un salario que ha generado una serie de mecanismos de participación social que ahora están en transformación. Justamente, si algo ha puesto de relieve la crisis actual a diferencia de la del 2008, es la necesidad de los cuidados, en los hogares, pero también en hospitales, residencias, centros de día, etc. y de la comunidad, de toda una serie de trabajos no remunerados económicamente pero imprescindibles para nuestra supervivencia y para nuestra integración. El trabajo de los cuidados, feminizado y relegado siempre a la invisibilidad y la falta de reconocimiento, se convierte en un elemento necesariamente a replantear, ya que no podemos seguir obviando, como viene desde hace tiempo denunciando la economía feminista, el papel clave que tiene en la organización de nuestras vidas (Carrasco, Borderías, Torns, 2011; Pérez Orozco, 2014; Méda, 2019).

Por lo tanto, nos tenemos que situar en un escenario complejo en el que una serie de procesos, que trascienden lo laboral, van a condicionar enormemente no sólo el empleo sino también el trabajo. Estos cambios se van a sumar a otras transiciones en marcha como son: la demográfica, en concreto con el envejecimiento de las poblaciones occidentales, y la ecológica, con el agotamiento de los recursos energéticos tradicionales y con el cambio climático.

La previsible recesión económica y los procesos de cambio señalados acentuarán los procesos de desigualdad y también los procesos de exclusión laboral y, a los colectivos tradicionalmente situados en los márgenes del mercado de trabajo o expulsados del mismo, habrá que sumar nuevos colectivos afectados por factores de vulnerabilidad y/o en riesgo de exclusión sociolaboral en el propio mercado de trabajo. Claro ejemplo de ello, son ya el precariado, los trabajadores y trabajadoras pobres o los autónomos y autónomas sin derechos, entre otros.

En este escenario de transformaciones laborales, el objetivo de este artículo es revisar el papel de la empleabilidad como modelo de intervención en las políticas activas de empleo en el contexto español. Para ello, hemos transitado una serie de lugares por los que las ciencias sociales preocupadas por el trabajo y, más en concreto, por el empleo ya han pasado, como es el valor social del trabajo, su potencial integrador y los cambios que ha experimentado en los últimos años. Asimismo, hemos llevado a cabo una revisión de los estudios disponibles sobre la empleabilidad. Encontramos que la mayoría de ellos están centrados en definir el concepto o constructo de empleabilidad e identificar las múltiples dimensiones que lo conforman, pero sobre todo, están preocupados por medir la empleabilidad o encontrar la fórmula para ello. Sin embargo, lejos de aquellos análisis que toman de una forma acrítica la empleabilidad, nuestro interés se ha centrado en sintetizar las aportaciones de los estudios que tratan de

comprender e identificar las implicaciones sociales de la lógica de empleabilidad (Serrano, 2000, 2009; Santos-Ortega, 2008; Chertkovskaya *et al.*, 2013, Moruno, 2015). Es precisamente a partir de estos análisis que desvelan la mercantilización del trabajo y el enfoque neoliberal de la empleabilidad, que trabajamos con la hipótesis de que la empleabilidad bajo esta racionalidad moldea una parte fundamental de los factores de exclusión social, con características y dinámicas similares a las que ya conocíamos hasta ahora, pero con nuevos matices y sobre todo más móviles y fluidas que antes. Por ello nuestra propuesta pasa por plantear una necesaria reformulación del enfoque de la empleabilidad en la relación con el trabajo y en su papel en las trayectorias laborales contemporáneas. En este aspecto nos apoyamos en los aprendizajes desarrollados en el marco del trabajo diario de una cooperativa de inserción sociolaboral catalana: Inserccop y en los resultados de varios proyectos de reflexión y evaluación en los que ha colaborado la entidad y los autores. Los resultados se reflejan en el Informe «Mejora de la empleabilidad desde la acción comunitaria» (Orteu, 2016) en el que se reflexiona sobre las posibilidades y límites de la empleabilidad a partir del análisis de un programa destinado a favorecer la inclusión social y laboral a través del aprendizaje digital, la vinculación de las personas en su entorno y la orientación sociolaboral. También en el Informe «Entre el empleo y el trabajo» (ECAS, 2019) en el que se realiza un análisis de diferentes experiencias desarrolladas por varias entidades sociales catalanas y donde se plantea la inserción laboral desde la perspectiva del derecho a la inclusión. Este enfoque permite restituir el valor social del trabajo y facilitar procesos a las personas desempleadas por la vía de su utilidad social y no solo mercantil.

El recorrido de este artículo comienza situando el valor del trabajo como elemento de construcción del vínculo social para continuar analizando la empleabilidad y las consecuencias de su enfoque neoliberal. Pero la empleabilidad puede orientarse de otra forma, y esta es la propuesta del artículo. De modo que, en los apartados finales se plantea una mirada que, sin desconocer ciertas limitaciones, aspire a repensar la empleabilidad en las nuevas condiciones económicas, tecnológicas y sociales, y busque articular lo que durante demasiado tiempo ha estado desarticulado: una propuesta de modelo de trabajo que incorpore tanto el empleo remunerado como el trabajo en el marco del bien común.

2. La desaparición del trabajo como orientación al otro

Para situar la problemática de la legitimidad de la empleabilidad en la actualidad, hay que tener en cuenta que la dimensión social del trabajo y, por tanto, los sistemas que regulan su acceso y participación son un producto histórico (Castel, 2006). No siempre se sabe separar las funciones sociales del trabajo del contexto en que se han dado y, por tanto, no siempre se presta atención

al entender que los límites entre trabajo y no trabajo no son naturales, sino que dependen de las condiciones sociales (de la Garza Toledo, 2009). Si existe el vínculo social en el marco de la actividad laboral es por qué se han buscado las condiciones para hacerlo posible. Nos interesa pues explorar las condiciones de posibilidad en la construcción del sujeto social teniendo en cuenta los cambios actuales. Es decir, comprender en qué medida el trabajo puede seguir haciendo de puente articulador del sujeto con la sociedad en que vive. Por tanto, la pregunta es sobre qué es lo que nos permite hacer vínculo social (Orteu, 2012).

En la actual orientación de la empleabilidad desaparece esta cuestión que tiene una larga trayectoria en el debate sobre el valor social del trabajo y sus regulaciones necesarias. Haciendo un breve de repaso histórico, podemos decir que para Durkheim, la división social del trabajo no tiene que ver con el aumento de la productividad —como plantearía Smith— sino con el ejercicio de la solidaridad social entendido como sentido de utilidad social (García Calavia, 2013). La lógica del don, de aquello que se da sin pedir nada a cambio (que tan brillantemente fue estudiado por Marcel Mauss), sería la base de las afirmaciones de Durkheim (Linhart, 2013). Podríamos decir que Durkheim entiende que el don es un efecto de la socialización de la interdependencia social, de la necesidad de existir en el campo del otro. En el caso del trabajo, este don se traduce en una división el trabajo donde cada uno ocupa un lugar con valor para el resto de la comunidad. Es por ello posible la construcción del vínculo social a través del trabajo. Durkheim pone el énfasis en la importancia de la división del trabajo por lo que supone de integración social de las personas. Porque lo sitúa en una relación con lo social. Porque les permite la adquisición de un sentimiento de utilidad al conjunto de la sociedad y porque refuerza la complementariedad de los individuos obligándoles a cooperar.

El trabajo, además de convertirse en el medio básico de obtención de ingresos, también ha supuesto la ocupación principal durante el tiempo socializado. Quien no trabaja sufre, pero no sólo por no disponer de ingresos, sino por una falta de sentido de utilidad social (Castel, 2006). Según esta idea, la dirección actual del empleo tiende a deshacer esta dimensión colectiva. El marco laboral se está convirtiendo actualmente en un espacio de fuerte individualización y las nuevas formas de organización introducen aquí una diferencia fundamental: apuntan a una movilización individual, no desde el valor común. Es una orientación al individuo que hace de barrera a los valores colectivos vinculados con el mundo del trabajo.

El mundo del trabajo se ha ido transformando y se han desarrollado nuevas formas de organización que apuntan a dos aspectos: por un lado a una orientación narcisista, es decir, una orientación donde se pone de relieve la ausencia del otro social; y por otra parte, a una orientación al mercado. De este modo, se exige una interiorización de los objetivos económicos y mercan-

tiles por parte de las personas trabajadoras. Si unimos los dos aspectos es fácil deducir las consecuencias sobre el cambio en la función socializadora del trabajo. Se reduce la distancia en la que el trabajo pueda funcionar como una orientación al otro.

La dinámica del mercado laboral tiende a reducir este espacio donde se gesta el vínculo social y se construyen las identificaciones de las personas trabajadoras con la comunidad. En realidad, esta distancia es la que permite la inscripción sociolaboral de cada persona en la comunidad. Esto es importante porque esta inscripción habla de la posibilidad de articulación entre los propios ideales y las normas que regulan lo social. Para Laval y Dardot (2013) la nueva configuración laboral deja de ofrecer un marco estable en el que poder construir un proyecto personal y esto tiene efectos en la vida privada, la organización familiar y la representación de uno mismo. El debilitamiento de esta inscripción provoca que los roles asociados también se estén diluyendo. La disolución de las fronteras personales, laborales y sociales hace que surjan nuevas reglas sociales. Todo ello genera un malestar por la pérdida de sentido de lo que ordenaba. La desregulación de la relación con lo laboral hace que los recorridos sean diversos, las intermitencias constantes y la capacidad de combinar los diferentes tiempos y experiencias se multipliquen hasta un punto desorientador.

El problema de este malestar social en relación al empleo es que tiene una pata en el salario y otra en el reconocimiento. Y no es que el malestar actual sea superior al malestar de otras épocas en las que también ha habido altos índices de desempleo e incluso precariedad laboral. El problema es que actualmente resulta más difícil de canalizarlo ya que el empleo ha perdido la capacidad de atracción y organización colectiva que permitía orientar los ideales personales y sociales (García Calavia, 2013). Es por este motivo que podemos afirmar que estamos inmersos en un cambio en el modelo de convivencia social en el que el empleo era su columna vertebral. Actualmente las personas excluidas del mercado laboral representan 1 de cada 4 personas en edad activa en España (FOESSA, 2019). Estas personas presentan diferentes tipos de dificultades relacionadas con inserción laboral y hay que saber que la ausencia de capacidades productivas sólo es una de ellas. La otra y no menos importante, es que se difumina el marco social que le permitía una relación simbólica con el empleo. La posibilidad de pertenecer a la sociedad a través de su inclusión laboral queda obsoleta. Ya no le sirve ni para disponer de unos ingresos seguros, ni para sentirse socialmente útil. En definitiva, para algunas personas, cada vez resulta más difícil ubicarse en una sociedad que ha transformado la centralidad del trabajo sin preocuparse de las nuevas exclusiones que genera.

En el *VIII Informe FOESSA*, que alerta de cómo la exclusión social se enquistaba en la estructura social, se defiende la tesis de que vivimos en una sociedad desvinculada, en la que cada vez es más difícil hacernos cargo de los que se que-

dan atrás y que, por ello, es necesario que nos re-vinculemos, un objetivo en el que la construcción de comunidad tendrá un papel esencial (FOESSA, 2019).

Standing (2013) popularizó una forma de denominar a las personas que se encuentran en esta situación: el precariado. Habitualmente se piensa que el único aspecto que define al precariado tiene que ver con las condiciones laborales, pero el análisis que hace el autor desmiente este punto y añade la falta de apoyo comunitario y un proceso de desvanecimiento de la identidad laboral como otros aspectos clave a tener en cuenta. Justamente estas cuestiones se pudieron observar en el análisis del *Programa Omnia* (Orteu, 2016). La precariedad laboral es un reflejo de la precariedad de los lazos sociales, pero también lo podríamos formular al revés: la fragilidad social conlleva fragilidades en la empleabilidad. En esta línea, Autès (2005) apunta que la pérdida de lazo social no es la pérdida de los vínculos sociales, sino del lazo identitario. Uno ya no sabe quién es, siente que ya no tiene un lugar en la sociedad.

3. Implicaciones del enfoque actual de la empleabilidad

La preocupación por la empleabilidad ha centrado los intereses de las instancias políticas desde los años 90, siendo uno de los pilares de las políticas activas de empleo que se fomentan desde la Estrategia Europea de Empleo (EEE) (Lefresne, 1999, Gazier, 2001; Serrano, 2000). Pero a día de hoy, los discursos y prácticas sobre la empleabilidad se han extendido y han traspasado las fronteras del ámbito político, calando en el mundo empresarial, en el mundo educativo y especialmente, en la educación superior (Yorke, 2006; Boden y Nedeva, 2011; Tomlinson y Holmes, 2017), con el afianzamiento del desarrollo competencial.

Desde el enfoque competencial que prima a la hora de abordar la empleabilidad, ésta es entendida como el desarrollo de competencias necesarias para insertarse en el mercado de trabajo y permanecer en él a lo largo del tiempo, o poder volver, en caso de que se abandone temporalmente. Este es el enfoque que sigue primando y que se ha revitalizado en los actuales debates acerca del futuro incierto del trabajo. La Real Academia de la Lengua Española tiene la siguiente definición acordada: «Conjunto de aptitudes y actitudes que permiten a una persona conseguir y conservar un empleo». En el ámbito académico, la empleabilidad ha sido abordada desde diferentes enfoques y se ha tratado de llegar a una definición más o menos consensuada (McQuaid y Lindsay, 2005; Guilbert *et al.*, 2016). Y aunque se comparte que se trata de un concepto difuso, carente de claridad y especificidad de significado, han primado los estudios que tratan de medir y cuantificar el fenómeno, abordando la empleabilidad como un constructo operativo. Sin embargo, lo que nos interesa resaltar de este concepto, no es tanto su definición y los diferentes abordajes que puede tener, sino

más bien las implicaciones sociales de la forma en la que se maneja en la actualidad, es decir, las implicaciones del enfoque que prima en la empleabilidad. Porque la empleabilidad, tal y como es utilizada generalmente en el debate público, ha pasado de ser una noción prácticamente desconocida, incluso un palabro algo forzado, a conseguir una connotación social muy positiva. En estos tiempos de incertidumbre y precariedad laboral buscar, fomentar o impulsar la empleabilidad ha ido adquiriendo un papel protagonista en las políticas de empleo con un efecto normativo sobre todo para ciertos colectivos, los que tienen más dificultades de acceso al mercado de trabajo, pero, es más, la responsabilidad individual de «hacerse empleable» ha devenido en imperativo para cualquiera en edad de trabajar.

No podemos obviar que se trata de un enfoque neoliberal que hace hincapié en la responsabilidad individual de los éxitos y los fracasos en el mercado de trabajo y que prioriza una idea de capital humano corporeizado en los individuos (Muñoz y Santos, 2017). Al poner el foco en la empleabilidad, las dificultades de acceso al empleo se visualizan como *carencias* personales de distinto tipo (educativas, de capacitación, de motivación, de adaptabilidad). Así mismo, como está estrechamente vinculada al paradigma de la activación (Barbier, 2001 y 2006, Serrano, 2009), la empleabilidad ejerce como un dispositivo de autoresponsabilización de uno mismo o una misma ante las situaciones de desempleo, haciendo creer a las personas que es debido a su insuficiente empleabilidad la razón fundamental por la que no pueden conseguir un trabajo.

La agenda de la empleabilidad se ha ido consolidando en los últimos años, puede ser que en cierta forma impulsada por el deterioro de las condiciones del mercado laboral y se ha recurrido a su fomento, también en los momentos de crisis económica (Chertkovskaya *et al.*, 2013; Serrano y Martín, 2017). Nada más actual para la situación que estamos viviendo. Este enfoque dominante sobre la empleabilidad, de carácter neoliberal, impregna las lógicas de intervención en materia de empleo con unas implicaciones claras sobre los marcos de sentido del trabajo y de los sujetos trabajadores.

Desde una lectura crítica, algunas de las implicaciones de este enfoque neoliberal sobre la empleabilidad podrían quedar resumidas en las siguientes cuatro afirmaciones, que apelan precisamente a los fundamentos sobre los que se sustenta: la empleabilidad sigue una lógica individualista; no mejora ni la calidad ni la cantidad del empleo; sigue una lógica competitiva que perpetúa las desigualdades; y solo pone el foco en el mercado laboral y no en otros trabajos socialmente útiles.

- La empleabilidad sigue una lógica individualista que responsabiliza a las personas de su situación en el mercado laboral. Se trata de una de las principales críticas que realiza a la empleabilidad. Según Alonso «*La acti-*

vacación, la empleabilidad y el aprendizaje son los lugares discursivos a los que acude la actual retórica de la individualización de las responsabilidades y el autocontrol de la carrera laboral» (2007: 243)

La empleabilidad pone el énfasis en la responsabilidad individual de formarse para el empleo y de emplearse, es decir de «hacerse empleable», como si se tratase de un «empresario de sí mismo» (Foucault, 2007). La génesis de la problemática laboral, sea del tipo que sea, se considera una cuestión básicamente individual, producida por desajustes de los sujetos en el mercado laboral; desajustes que deben resolverse a través de su capital humano, es decir, de las estrategias desplegadas por sí mismos en el marco de la competencia por la *empleabilidad*.

La *empleabilidad* es persuasiva, viene a significar que cada uno debe «ocuparse en el esfuerzo de la ocuparse», es decir, que al deseo de trabajar, hay que sumarle la motivación para buscar empleo, la capacidad de saber buscarlo, la disposición para adquirir la información necesaria, la capacidad de esfuerzo para mejorar las *competencias* como trabajador y además tener una actitud positiva, ánimo, autodisciplina, ganas de superación, confianza en uno mismo, etc. Como afirma Alaluf «*los diversos discursos sobre la movilización de los trabajadores según competencias, lejos de descubrir una pretendida afirmación de un vínculo natural entre trabajador y su trabajo, individualizan y naturalizan los resultados clasificatorios de las relaciones salariales» (2003: 93).*

El (re)conocimiento de que cada uno debe abrirse camino en un escenario laboral cambiante, marcado por una incertidumbre prácticamente inevitable, trae consigo procesos que han generado la necesidad de establecer mecanismos de *confianza*, como diría Giddens, mediante los que se legitima la existencia un *conocimiento experto* que intenta, aunque no siempre lo consigue, resolver los peligros que nos amenazan.

Como ya se ha señalado, la evolución en los modelos de intervención para la inserción laboral y para la empleabilidad implican un cambio en el discurso en el que se basan las políticas sociolaborales, que dejan de apoyarse en el derecho ciudadano a unas determinadas prestaciones sociales para hacerlo sobre la responsabilización individual y la autonomía personal frente al riesgo de dependencia y cronificación (Wacquant, 2011). En definitiva, la *individualización* y la *despolitización* en la forma de tratar la inserción laboral está alimentando un modo de subjetivación que casa perfectamente con la manera como el capitalismo avanzado afronta sus retos y sus crisis productivas (Crespo, Prieto, y Serrano, 2009). A ello se suma la debilidad de unos Estados de Bienestar que ante las dificultades de generar empleo, tratan de asegurar la empleabilidad y la activación de los individuos.

- La mejora de la empleabilidad no aumenta la cantidad de empleo, ni mejora la calidad del mismo. La mejora de la empleabilidad no implica

un crecimiento en las ofertas de empleo, ni mejora la calidad de los empleos que se ofrecen. En este sentido, las críticas más habituales al tratamiento de la empleabilidad se centran en advertir que los esfuerzos realizados por y en las personas dejan intacta la forma de proceder de los mercados laborales. Ante la escasez de empleo y ante la generación de empleo precario, el trabajo sobre la empleabilidad supondrá avanzar alguna posición en las listas del paro y en el mejor de los casos, conseguir un empleo, lo más seguro, de baja calidad, porque «la empleabilidad también es aceptar malas condiciones de trabajo, bajos salarios y erosión de derechos» (Moruno, 2015: 140). De mientras, los factores de exclusión y de precarización del mercado de trabajo, quedan sin ser abordados.

Y es que como venimos comprobando, el discurso sobre la empleabilidad enfatiza el fomento de la mejora de las condiciones individuales en el mercado de trabajo, pero dejando intactas las condiciones de ese mercado de trabajo. El auge del emprendimiento en los últimos tiempos está inmerso en esta misma lógica lo que genera posiciones claramente paradójicas a quienes se ven en la necesidad de emprender en las actuales condiciones de precarización laboral (Serrano y Martín, 2017; Santamaría y Carbajo, 2019).

- La empleabilidad sigue una lógica competitiva que perpetúa desigualdades estructurales el mercado de trabajo. Algunos estudios que han abordado la empleabilidad y han puesto sobre la mesa la necesidad de considerar que la empleabilidad no tiene más remedio que ser tratada como una condición inestable y relativa, que no depende de su valor absoluto sino de cómo se posicionan otros en la competencia por un puesto de trabajo (Brown *et al.*, 2003 y 2011).

Peck y Theodore (2000) ya pusieron de manifiesto que el enfoque habitual que manejan las instituciones sobre la empleabilidad tiende a favorecer que sean las personas «más empleables» las que consigan los empleos, mientras que los casos más difíciles, más desaventajados o marginalizados, tienden a permanecer como están. De esta forma, se estarían perpetuando los patrones vigentes de desigualdad en el mercado laboral, y priorizando la inserción laboral de aquellas personas más cercanas al mercado de trabajo.

Poner el énfasis en los aspectos individuales y en el gobierno de la subjetividad (Rose, 1999), interpretando la cuestión del desempleo y la precariedad únicamente en términos de empleabilidad individual, y no, por ejemplo, en términos de desigualdades estructurales acentúa el enquistamiento de la desigualdad y ahonda en la fragmentación tan acusada que sufre el mercado de trabajo español.

Desde ese punto de vista, autores como Peck y Theodore (2000) apuestan por un enfoque redistributivo de los programas de activación, que se

centre en las personas menos empleables y limite las desigualdades en el seno del mercado laboral, mediante medidas anti-discriminación, educación y formación de calidad, prestaciones económicas adecuadas y la extensión de los derechos laborales.

- La empleabilidad pone el foco exclusivamente en la consecución de un trabajo en el mercado laboral, cuando hay otros trabajos socialmente útiles imprescindibles para la supervivencia de la familia pero también de nuestra vida social. Aunque consideremos la inserción laboral como un mecanismo fundamental para la inclusión social, está ampliamente demostrado que hay procesos de exclusión en los que la consecución de un empleo no protege frente a la pobreza y la marginación. La cuestión es que la exclusión social es un fenómeno multicausal y que no puede ser pensada y menos superada únicamente desde una de las posibles dimensiones que entran en juego en los procesos de exclusión (Subirats *et al.*, 2005, Laparra y Pérez-Eransas, 2008).

El hecho de tener que atender a la multidimensionalidad de la exclusión y de la inclusión social pone sobre la mesa varias cuestiones que van concatenadas y que afectan a la lógica actual de la empleabilidad. En primer lugar, la necesidad de no sobrevalorar los efectos o consecuencias posibles de la inserción en el mercado laboral y en segundo lugar, insistir en la idea de que ese mercado sólo se tiene en cuenta el empleo y no otros trabajos de gran utilidad social. En esta línea, son fundamentales los aportes desde la economía feminista que evitan equiparar de forma reduccionista el trabajo con el empleo remunerado, porque hacerlo no ha llevado más que a minusvalorar otros tipos de actividades y trabajos que suponen una gran aportación a la sociedad.

En este sentido, sería conveniente abordar la empleabilidad partiendo de una concepción amplia de trabajo, que no se limite al empleo remunerado y reconozca otras aportaciones posibles, principalmente, aunque no únicamente, del ámbito de los cuidados y de las economías transformadoras. De la Cal y De la Fuente dibujan con claridad el escenario que abre un enfoque en el que la intervención en materia laboral tuviera en cuenta una visión amplia del trabajo:

Se debería definir todo el trabajo que es útil y necesario en nuestras sociedades, dentro del cual se encuentran el trabajo doméstico, el de cuidados, el trabajo voluntario, que hoy día no son valorados ni reconocidos. Asimismo, se deberían considerar también como equivalentes al trabajo otras actividades como las formativas y educativas, considerando su contribución al desarrollo económico y social futuros. Este sería un importante paso para que las personas que llevan a cabo todo este trabajo tengan roles sociales alternativos a los que proporciona el empleo, pero igualmente reconocidos, legitimados y valorados por la sociedad. (2010: 83)

4. ¿Cómo podría jugar la empleabilidad?

La empleabilidad se encuentra en la paradoja: se trata de un discurso que moviliza en la competencia en un momento en el que hace falta más lógica colectiva. Por eso, si quiere tener legitimidad social en un momento como el actual, va a tener que incorporar aspectos que cuestionan la propia lógica productivista en la que se fundamenta. Para poder funcionar, requiere poderse justificar en términos de bien común. Elaborando modelos de justicia donde se garantice seguridad a las personas que participan en la comunidad. Boltanski y Chiapello (2002) apuntan a que, aunque parezca una paradoja, son estos elementos críticos con el funcionamiento del sistema los que hacen posible un camino para su legitimación social.

La empleabilidad entendida desde la lógica del bien común puede aportar alternativas a algunas de las críticas mencionadas. Son especialmente significativas las propuestas que abren la posibilidad de tener una relación diferente con el propio lugar de desempleado y aquellas que animan a inventar nuevas formas individuales y colectivas de inserción social y laboral en el marco de las economías transformadoras. Acciones que hacen posible construir nuevas lecturas compartidas sobre la propia situación recuperando la orientación al otro y el sentido de pertenencia y de utilidad social.

En este sentido, es importante poder señalar un punto fundamental en relación a la empleabilidad: se puede orientar desde una lógica neoliberal o desde una lógica del bien común. Desde la perspectiva neoliberal pone el foco exclusivamente en la consecución de un empleo pero la empleabilidad desde la perspectiva del bien común se abre a un planteamiento donde se la entiende como un proceso de provisión de bienes públicos a través de la cooperación y la participación. Un proceso que permite la producción de nuevas lógicas de encaje social (ECAS, 2019). Se trata de acciones de naturaleza colectiva que refuerzan la dimensión comunitaria en la medida que promueven procesos de construcción conjunta. Aquí, el acceso a los bienes públicos entendidos en clave de conocimientos, aptitudes, competencias, participación, etc., serían la piedra angular para la mejora de la empleabilidad. Pero no se trata de un conocimiento que genera competencia, sino obligaciones y responsabilidades colectivas. La empleabilidad desde la dimensión comunitaria se propone construir nuevas relaciones con la propia situación a partir de la adquisición de nuevos conocimientos compartidos que permiten inventar nuevas posibilidades para el vínculo social. De ello da cuenta el Informe de ECAS (2019) en el que el análisis de la experiencia de diferentes entidades que trabajan la empleabilidad con colectivos en dificultad permite entender cómo es posible situar en un lugar diferente al sujeto a través de un abordaje de la empleabilidad desde otra lógica. La emergencia con fuerza de nuevas modalidades de economías transformadoras abre nuevas vías para articular estas cuestiones a través de trabajos socialmente útiles.

Vamos a situar cuatro ejes que nos pueden permitir entender la lógica de una empleabilidad no alineada con el marco neoliberal, tal y como se apunta en el análisis del trabajo realizado en el Programa Omnia (Orteu, 2016): por un lado la necesidad de saber leer la propia historia; en segundo, el tomar consciencia de la necesidad de la existencia de espacios para la construcción comunitaria; en tercer lugar, dar valor a la posibilidad de generar proyectos; y finalmente, algunas cuestiones en relación a los contenidos que articulan los proyectos personales:

- Saber leer la propia historia. Como hemos ido viendo, en la dinámica actual del mercado de trabajo, la propia trayectoria pasada ya no se percibe como una apuesta de futuro. No indica hacia dónde podemos o tenemos que ir. La acumulación lineal de experiencia desaparece como guía orientadora. Al mismo tiempo, las unidades de medida que permitían calibrar la valía profesional, borran sus sistemas fijos y se transforman en una serie de indicadores variables no siempre fáciles de usar para las personas. Para Longo (2005) la inserción social y laboral actual supone que las personas deben disponer de un discurso sobre ellos mismos, sobre sus competencias y capacidades, sobre su proyecto, sobre su propia historia, sobre sus expectativas futuras, etc. En definitiva, deben poder articular en su propio discurso diferentes elementos que no necesariamente tienen una conexión clara. Este hecho, la construcción de este discurso sobre uno mismo, se convierte en un elemento decisivo para poder representarse socialmente y, por tanto, para poder encontrar espacios de reconocimiento. En relación a esta cuestión, Claude Dubar (2001) planteaba la idea de que este discurso sobre uno mismo en realidad supone un doble trabajo. Un trabajo a nivel reflexivo y un trabajo a nivel narrativo. La reflexibilidad supone que la persona debe poder apropiarse de su experiencia. Por otra parte, la persona, debe ser capaz de hacer una narración. Articular estas capacidades en una trama que oriente el relato de uno mismo. Relato con lo que uno se puede presentar ante los demás. Esta reflexibilidad y narratividad cambia la manera clásica de ordenar las experiencias y los conocimientos laborales y permite su adaptación a nuevas formas de representación social.
- Espacios sociales para la construcción comunitaria. Como hemos ido viendo, antes se daban unos mecanismos claros para poder acceder al mercado laboral. Las referencias colectivas funcionaban y servían para todos. Incluso para aquellos que no querían incorporarse al mercado de trabajo. Sin embargo, actualmente se da un malestar identitario. Podemos decir que ha cambiado la relación entre lo individual y lo colectivo. El resultado es que cada vez es más difícil apoyarse en las acciones colectivas para buscar soluciones a las propias dificultades. El aislamiento es

una de su expresión más visible. Pero esta individualidad que surge no es una individualidad que haga referencia a un exceso de intereses subjetivos. Se trata de una individualidad marcada por la falta de marcos colectivos. En esta situación, la individualidad se convierte en una amenaza para la propia persona. Longo (2005) plantea que si las personas no pueden compartir un pasado y un futuro, es difícil que dispongan de una dimensión comunitaria, de un proyecto colectivo. Hacen falta espacios, actividades y oportunidades en los que las personas puedan compartir estos relatos individuales. Es decir, el pasado, el presente y el futuro se articula a través de relatos compartidos y participados.

- Plantear un proyecto de futuro. Anteriormente, las diferentes instituciones organizaban los comportamientos sociales. Actualmente, estas canalizaciones se diluyen. Cada uno deviene responsable de lo que hace y se ve obligado a encontrar y dar un sentido a su vida. Las personas deben hacerse cargo de ellas mismas. En el nuevo marco social organizado en red, en nódulos que se conectan entre sí, la metáfora adecuada para dar cuenta de uno mismo es, como afirman Boltanski y Chiapello (2002), el proyecto. Este concepto permite dar sentido a las acciones, a las experiencias, no únicamente desde la lógica de tarea y función, sino que permite organizarla multiplicando los sentidos y las conexiones posibles. Es decir, permite una mayor imbricación en la comunidad y en las redes que la conforman. La idea de proyecto permite una mejor adaptación para el intercambio social en un momento en que trabajo y vida se confunden. La competencia de la fuerza de trabajo muta y se termina confundiendo con la personalidad (Riesco, 2001). Si las diferentes dimensiones personales se convierten potencialmente en empleabilidad, habrá que pensar nuevos instrumentos que nos permitan pensar nuevamente en el valor del trabajo tanto individual como colectivamente y a inventar nuevas formas para ubicarnos en él. Las personas pueden disponer de diferentes proyectos, laborales o no, que multiplican las posibilidades de conexión entre ellos y con la comunidad. Y esto puede evolucionar, ir cambiando en función de la interacción que se genere.
- Los contenidos que articulan los proyectos personales. Este aspecto tiene que ver con cuáles son los temas que articulan los proyectos. Hay que tener en cuenta que generar estos espacios de identificación comunitaria no es posible en abstracto. Siempre se hace en relación a un determinado problema, espacio de relaciones o situación. Ahora bien, es habitual que el punto de partida sea lo que Dubar (2001) denomina «individualismo negativo», lo que significa el cierre en identificaciones marcadas por la falta. En este caso, por la falta de trabajo. Esta propuesta limita las posibilidades de las personas y las deja en espacios de segregación. Por este motivo es importante que los contenidos de los proyectos tengan cuidado de este aspecto e incluyan nuevos posibles lugares a ocupar no marcados

por el «no-trabajo». No marcados únicamente por la pérdida o la carencia. Esto será lo que permita nuevas oportunidades personales y colectivas. No significa no buscar empleo, sino que implica que se busca desde una propuesta más abierta que permite reconfiguraciones de la propia relación con el trabajo.

5. Consideraciones finales

Como hemos visto, el enfoque sobre la empleabilidad que predomina actualmente tiene una orientación claramente neoliberal, que se fundamenta en una doble convicción: por un lado, que el empleo es un bien escaso y que para acceder y mantenerlo se requiere de una aptitud de adaptación y aprendizaje constante para poder enfrentar los cambios actuales y futuros en los contenidos y en las modalidades de trabajar. Y por otro lado, que son las personas que quieren trabajar quienes tienen encomendada la tarea de «hacerse empleables» y ésta funciona como un mandato o precepto, es decir, con un marcado carácter normativo. Si bien esta orientación de la empleabilidad puede ser crítica por su deriva individualista, competitiva y mercantil como hemos visto, y su sobrevalorización puede resultar negativa, es precisamente en la reflexión sobre sus consecuencias donde podemos encontrar las líneas de trabajo que pueden encauzar la intervención con otro enfoque sobre la empleabilidad.

Es cierto que la situación excepcional que estamos viviendo en el momento en que redactamos estas líneas finales, en pleno «estado de alarma» decretado por la pandemia global del COVID-19, requiere de decisiones excepcionales y propuestas alternativas. En este sentido, en el ámbito laboral primero están llegando las medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, como las recogidas en el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, y en Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo. Progresivamente avance la crisis serán necesarias más, pero posteriormente lo que es previsible es que el escenario económico, laboral y social que se presente abrirá las puertas a nuevos retos para a las políticas públicas y para las políticas de empleo en concreto. De momento, el principal reto va a ser combinar la protección de las personas trabajadoras, y sobre todo de los colectivos más vulnerables en el mercado de trabajo (personas desempleadas, temporales, empleadas del hogar, trabajadores y trabajadoras por cuenta propia, etc.) con una orientación necesariamente diferente de las políticas activas de empleo. En este sentido, dos líneas de trabajo resultan prioritarias:

Por un lado, nos encontramos con la necesidad de intervención sobre la creación de empleo, pero sobre la creación de un empleo que sea de calidad, dotado de garantías y de derechos laborales. Para conseguir los objetivos de la em-

empleabilidad no debería valer cualquier empleo. También, sería necesario además intervenir y limitar las desigualdades en el mercado laboral, para que la empleabilidad pueda traducirse en un instrumento de capacitación y para que las personas tengan mayor poder y protagonismo en el diseño de sus vidas y de sus proyectos laborales. Si la inserción laboral es a través del empleo precario la empleabilidad debería carecer de sentido y utilidad.

Pero por otro, la atención a la dimensión colectiva y relacional del trabajo será clave en cualquier replanteamiento hacia otro enfoque de la empleabilidad. La desestabilización de los mecanismos tradicionales de acceso al trabajo genera grandes dosis de inseguridad imposibles de sostener sin espacios colectivos y comunitarios de construcción de estas nuevas narrativas. Hace falta poder contemplar las dinámicas generadas alrededor de las experiencias de las economías transformadoras como invenciones de nuevas actividades y nuevos lugares sociales desde donde participar (economías comunitarias, consumo responsable, economías feministas, economía social y solidaria, economía de los cuidados, etc.). De modo que el verdadero trabajo de la empleabilidad no consiste, o al menos no únicamente, en tratar de integrar en el mercado laboral a las personas excluidas y en potenciar las capacidades para mantener un empleo de las personas en situaciones de vulnerabilidad, sino en luchar por una transformación y consolidación de mejores condiciones de trabajo y de vida que eviten esos espacios de vulnerabilidad y exclusión. Donde la participación laboral de las personas ocupa un lugar central, porque se orientan hacia el bienestar y la protección de las personas trabajadoras. Y es que algunas de las herramientas más potentes que proporcionan estas experiencias transformadoras consisten en situar a las personas en el centro de los modelos productivos, redistribuir de forma equitativa los beneficios, económicos y de otro tipo, proporcionar actividades laborales de utilidad social o tomar los cuidados como una responsabilidad central y compartida (Pérez-Orozco, 2016). A partir de la confluencia de estas experiencias se podrán ir definiendo las políticas de transición hacia un futuro donde el crecimiento económico sea menos desigual, y por lo tanto más justo, ético y sostenible social y medioambientalmente.

Quizás el próximo escenario en el que tengamos que incorporar estos cambios en el modelo de empleabilidad sea la crisis económica y de empleo que se augura después de la crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19. Una cosa está clara: o somos capaces de incorporar la condición social como un elemento consustancial al hecho de trabajar, dando lugar y reconocimiento a sus diferentes expresiones o la receta neoliberal de priorizar los beneficios económicos arrastrará con lo que queda de una sociedad que tenía como objetivo el bienestar social basado en los futuros compartidos.

6. Bibliografía

- ALALUF, Mateo (2003), «La sociología del trabajo a través de una relectura de Claude Durand: situación de trabajo, cualificaciones, competencias y clase obrera», en *Revista de Relaciones Laborales* n.º 2, pp. 93-102.
- ALONSO, Luis Enrique (2007), *La crisis de la ciudadanía laboral*. Barcelona: Antrophos.
- AUTÈS, M. (2004), «Tres formas de desligadura» en Karzs, S. (ed.), *Exclusión: bordeando sus fronteras*. Barcelona: Gedisa.
- BARBIER, Jean-Claude (2006), *Analyse comparative de l'activation de la protection sociale en France, Grande Bretagne, Allemagne et Danemark, dans le cadre des lignes directrices de la stratégie européenne pour l'emploi*. Paris: Centre d'Etudes de l'Emploi.
- BARBIER, Jean-Claude (2001), *Welfare to work policies in Europe: The current challenges of activation policies*. Paris: Centre d'études de l'emploi.
- BODEN, Rebaca y NEDEVA, Maria (2010), Employing discourse: Universities and graduate 'employability'. *Journal of Education Policy*, 25(1), 37-54. <https://doi.org/10.1080/02680930903349489>
- BOLTANSKI, Luke y CHIAPELLO, Eve (2002), *El nuevo espíritu del capitalismo*. Buenos Aires: Akal.
- BROWN, Phillip; HESKETH, Anthony y WILIAMS, Sara (2003), «Employability in a Knowledge-Driven Economy». *Journal of Education and Work* 16(2):107-26.
- BROWN, Phillip; LAUDER, Hugh y ASHTON, David (2011), *The Global Auction: The Broken Promises of Education, Jobs and Incomes*. Oxford University Press.
- CASTEL, Robert (2006), *La inseguridad social: ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: El Manantial.
- CASTELLS, Manuel (1996), *La era de la información. Vol.1 La sociedad red* Madrid: Alianza.
- CARRASCO, Cristina; BORDERÍAS, Cristina y TORNOS, Teresa (2011), *El trabajo de los cuidados. Historia, Teoría y Políticas*. Madrid: Catarata. Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Economia_critica/El-trabajo-de-cuidados_introduccion.pdf
- CHERTKOVSKAYA, Ekaterina; WATT, Peter; TRAMER, Stefan; SPOELSTRA, Sveite (2013), «Giving notice to employability» *Ephemera: Theory and Politics in Organization. Vol. 13, No. 4*. pp. 701-716.
- CRESPO, Eduardo; PRIETO, Carlos y SERRANO, Amparo (coords.) (2009), *Trabajo, subjetividad y ciudadanía. Paradojas del empleo en una sociedad en transformación*. Madrid: Editorial Complutense.
- DE LA CAL, M^a Luz y DE LA FUENTE, Mikel (2011), Algunos interrogantes en torno a los programas de inclusión activa como estrategia de lucha contra la pobreza y la exclusión social. *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales* (22). Disponible en: https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/1388
- DE LA GARZA TOLEDO, Enrique (2009), «Hacia un concepto ampliado de trabajo» en NEFA, J.C.; DE LA GARZA, E y Muñiz, L. (coord.), *Trabajo, empleo, calificaciones profesionales, relaciones de trabajo e identidades laborales*. Buenos Aires: Clacso.
- DUBAR, Claude (2001), «El trabajo y las identidades profesionales y personales» en *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*. Año 7, núm. 13.
- ECAS (2019), «Entre l'ocupació i el treball. Davant la manca d'ocupació, restituïm el valor social del treball» en https://acciosocial.org/wp-content/uploads/2019/07/Entre-ocupacio-i-treball_informe-ECAS1.pdf

- EUROFOUND; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2019), *Working conditions in a global perspective*. Publications Office of the European Union; Geneva, International Labour Office. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18066en.pdf
- FOESSA (2019), *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Madrid: Fundación FOESSA y Cáritas.
- FOUCAULT, Michel (2007), *Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France (1978-1979)*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GAZIER, Bernard (2001), «Employability – The complexity of a policy notion», en P. WEINERT, M. BAUKENS, P. BOLLEROT, M. PINESCHI-GAPENNE and U. WALWEI (eds.), *Employability: From theory to practice*. Somerset, NJ: Transaction Publishers.
- GARCÍA CALAVIA, Miguel Angel (2013), «Trabajar sin los otros o en qué se ha convertido el trabajo asalariado hoy» en Linhart, D.: *Trabajar sin los otros*. Valencia: PUV.
- GUILBERT, Laure; BERNAUD, Jean-Luc; GOUVERNENT, Brice y ROSSIER, Jérôme (2016), «Employability: Review and research prospects». *International Journal for Educational and Vocational Guidance*, 16(1), 69-89. <https://doi.org/10.1007/s10775-015-9288-4>
- LAPARRA, Miguel y PÉREZ-ERANSUS, Begoña (2008), *Exclusión Social en España. Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*. Madrid: Fundación Foessa. Cáritas.
- LAVAL, Christian, y DARDOT, Pierre (2013), *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona: Gedisa
- LEFRESNE, Florence (1999), «Employability in the heart of the European Employment Strategy». *European Review of Labour and Research* 5: 460-480. <https://doi.org/10.1177/102425899900500404>
- LINHART, Danielle (2013), *Trabajar sin los otros*. Valencia: PUV.
- LONGO, M.^a Eugenia (2005), «Un tiempo. La socialización en el trabajo en un contexto de transformaciones» en *Nuevos escenarios en el mundo del trabajo: rupturas y continuidades*. Buenos Aires: VII Congreso Nacional de Estudios del Trabajo.
- MANZANERA-ROMÁN, S., ORTÍZ GARCÍA, P. y HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. (2016), Crisis del factor trabajo como vía de integración social. *Cuadernos De Relaciones Laborales*, 34(1), 15-35. https://doi.org/10.5209/rev_CRLA.2016.v34.n1.52004
- MCQUAID, R.W. and C. LINDSAY (2005), The Concept of Employability. *Urban Studies* 42 (2): 197-219. Doi:10.1080/0042098042000316100
- MÉDA, Dominique (2019), «Tres escenarios para el futuro del trabajo», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 138, n.º 4, pp. 676-702.
- MORUNO, Jorge (2015), *La fábrica del emprendedor. Trabajo y política en la empresa-mundo*, Madrid: Akal.
- MOULIER-BOUTANG, Yann; CORSANI, Antonella y LAZZARATO, Maurizio (2004), *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Madrid: Traficantes de sueños.
- MUÑOZ, David y SANTOS, Antonio (2017), «Las “cárceles del capital humano”: trabajo y vidas precarias en la juventud universitaria», en *RECERCA. Revista de Pensament y Anàlisi*, N. 20, 59-78. <https://doi.org/10.6035/Recerca.2017.20.4>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2020), *Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Segunda edición. Estimaciones actualizadas y análisis*. 7 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_740981.pdf
- ORTEU, Xavier (2012), *Trabajo y vínculo social*. Barcelona: Ed. UOC.

- ORTEU, Xavier (coord.) (2016), *Millora de l'ocupabilitat des de l'acció comunitària*. Barcelona: Dep. Treball, Afers Socials i Famílies de la Genralitat de Catalunya. Colecció Eines, núm. 28.
- PECK, Jamie y THEODORE, Nik (2000), «Beyond employability», *Cambridge Journal of Economics*, pp. 729-749. <https://doi.org/10.1093/cje/24.6.729>
- PÉREZ OROZCO, Amaia (2014), *Subversión feminista de la economía: aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, Madrid: Traficantes de Sueños.
- ROSE, Nikolas (1999), *Governing the soul. The shaping of the private self (2nd ed.)*. London: Free Association Books.
- RIESCO-SANZ, Alberto (2001), «Boltanski-Chiapello y la gran transformación», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 18, Madrid.
- SANTAMARÍA, Elsa, y CARBAJO, Diego (2019), «Emergencias de la crisis: Figuras antiheroicas del emprendimiento juvenil en España», *Política y Sociedad*, 56(1), 191-211. <https://doi.org/10.5209/poso.60030>
- SANTOS-ORTEGA, Antonio (2008), Las nuevas formas de representación del paro: Crítica de la idea de activación, empleabilidad y competencias. Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral, págs. 131-144. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6414643>
- SCHILLER, Dan (2000), *Digital Capitalism. Networking the Global Market System*, MIT Press, Cambridge
- SERRANO, Amparo (2000), «El concepto de empleabilidad en la estrategia europea de lucha contra el desempleo: una perspectiva crítica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 21.
- SERRANO, Amparo (2009), «Regulación supranacional y despolitización del trabajo: el caso del paradigma de la activación», en CRESPO, E.; PRIETO, C. y SERRANO, A. (coords.), *Trabajo, subjetividad y ciudadanía. Paradojas del empleo en una sociedad en transformación*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 259-289.
- SERRANO, Amparo y MARTÍN, Paz (2017), From 'Employability' to 'Entrepreneurial-ity' in Spain: youth in the spotlight in times of crisis, *Journal of Youth Studies*, 20:7, 798-821, <https://doi.org/10.1080/13676261.2016.1273513>
- STANDING, Guy (2013), *El Precariado: una nueva clase social*. Barcelona: Pasado y Presente.
- SUBIRATS, Joan.; GOMÀ, R.; BRUGUE, J. (coords.) (2005), *Análisis de los factores de exclusión social. Riesgos de exclusión social en las Comunidades Autónomas*. IGOB-UAB Documentos de Trabajo 5, Fundación BBVA, /Institut d'Estudis Autonòmics, 2005. Disponible en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DT_2005_04.pdf
- TOMLINSON, Michael y HOLMES, Leonard (2017), *Graduate Employability in Context. Theory, Research and Debate*. Londres: Springer.
- YORKE, Mantz (2006), *Employability in higher education: What it is – What it is not (Vol. 1)*. York: The Higher Education Academy.
- WACQUANT, Loïc (2011), *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona: Gedisa.

EL EMPLEO TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LÍMITES, PREVENCIÓN Y SANCIÓN A SU UTILIZACIÓN ABUSIVA

Temporary employment in public Administrations: limits, prevention and penalties regarding its excessive use

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ*

Universidad de Deusto, España

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es determinar si en España existen medidas para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo del empleo temporal en las Administraciones públicas. Para ello, en primer lugar, se analizarán las distintas modalidades de empleo temporal que existen en las Administraciones públicas, profundizando, en especial, en la figura del contrato indefinido no fijo, debido a las dudas que genera. En segundo lugar, se abordarán los límites al empleo temporal en las Administraciones públicas que se regulan tanto en la Directiva 1999/70 como en el Derecho interno. Finalmente, se centrará la atención en determinar si en España existen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. A tal efecto, se analizarán la normativa interna y la jurisprudencia del TJUE.

Palabras clave: Administraciones públicas, empleo temporal, contrato indefinido no fijo, prevención, sanciones.

ABSTRACT

The main purpose of this paper resides in determining whether Spain has means to prevent and, in this case, penalise the excessive use of temporary employment in public administrations. To that end, firstly, we will analyse the existing forms of temporary employment in public administrations and, in particular, we will delve into the figure of the non-permanent indefinite contract, due to the doubts that it generates. Secondly, we will address the limits to the temporary employment in public administrations that are regulated both in the Directive 1999/70 and in domestic law. Finally, we will focus the attention on determining if Spain has adequate measures to prevent and, in this case, to penalise the abuses derived from the use of consecutive fixed-term contracts. To that end, we will analyse both national law and the case law of the European Court of Justice.

Keywords: Public administrations; temporary employment; non-permanent indefinite contract; prevention; penalties.

* **Correspondencia a:** Francisco Javier Arrieta Idiakez. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. Avda. de las Universidades 24, 48007-Bilbao (España) – javier.arrieta@deusto.es – <https://orcid.org/0000-0003-4696-6356>

Cómo citar: Arrieta Idiakez, Francisco Javier. (2020). «El empleo temporal en las administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva»; *Lan Harremanak*, 43, 41-72. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21784>).

Recibido: 03 junio, 2020; aceptado: 19 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. El empleo temporal en las Administraciones públicas

Los problemas de la temporalidad en las Administraciones públicas se advertían incluso con anterioridad a la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de abril de 2007, núm. 89).

Así, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del empleado público (Instituto Nacional de Administración Pública, 2005) al abordar las clases de empleados públicos (*cf.* capítulo V), y referirse a la «situación actual y problemas a resolver» (*cf.* apartado 16), señala que (p. 48):

Un (...) problema, que se ha agravado en los últimos tiempos, es el abuso de la temporalidad en el empleo público, que, según los datos estadísticos disponibles —informe del Consejo Económico y Social, *La temporalidad en el empleo en el sector público*, diciembre de 2004—, alcanza en la actualidad a más del 22,8 por 100 del conjunto de los empleados públicos, en las Corporaciones Locales a más del 30 por 100 y en la sanidad, a casi el 30 por 100 (...).

Igualmente, al referirse al personal laboral de carácter temporal, el Informe alude a la necesidad de «abordar el problema de la contratación temporal irregular» (p. 57).

En ese sentido, el Informe dedica su apartado 23 a la «Necesidad de abordar el problema de la elevada temporalidad existente en el empleo público», y, a la luz, de dos informes, a saber, el informe del Defensor del Pueblo titulado *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público* (2003), y el informe del Consejo Económico y Social anteriormente mencionado, concluye que:

El volumen de temporalidad hoy existente en el sector público parece exceder del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de servicios y actividades públicas de las distintas Administraciones y que, en realidad, se formalizan como interinidades o contrataciones temporales actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan o reiteran año tras año. Una parte importante de esa temporalidad tiene, por tanto, un carácter ficticio o artificial.

Actualmente, según la EPA del primer cuatrimestre de 2020 los temporales representan el 27,5% del personal laboral, siendo dicho porcentaje 3 puntos más elevado que en el sector privado. Por su parte, según el último Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas publicado, que corresponde a julio de 2019, en el conjunto de las Administraciones públicas, el 56% es personal funcionario de carrera, el 22,4% es personal laboral y el resto del personal (personal funcionario interino, personal eventual y otro personal) supone el 21,60%.

Precisamente, para abordar el problema de la elevada temporalidad que presenta el empleo en las Administraciones públicas, y determinar los límites regulados al respecto, así como las medidas de prevención y, en su caso, sanción, previamente, es fundamental delimitar las distintas modalidades de empleo temporal. No se trata de una cuestión baladí, en tanto en cuanto las dudas más frecuentes en materia de empleo público son las relativas al correcto uso de las distintas modalidades de contratación temporal; más aún, como se verá (*infra* 1.1.2), teniendo en cuenta las serias consecuencias de los errores cometidos (Villanueva Puertollano, 2012: 151).

Así, el empleo temporal en las Administraciones Públicas puede traer causa, como sucede en las empresas privadas, de una incorporación o gestión directa o indirecta de personal. Es decir, se parte de la idea de que para afrontar la temporalidad en las Administraciones Públicas es necesario no sólo contemplar a los empleados públicos de carácter temporal que son empleados como tales directamente por la Administración, sino que también a aquellos empleados que, sin pertenecer inicialmente a la Administración, comienzan prestando servicios de carácter temporal para la misma a través de distintos negocios jurídicos, y, por distintos motivos, acaban incorporándose a la Administración, convirtiéndose en empleados públicos de carácter temporal. De ahí que, a continuación, se proceda a realizar una clasificación en función de dicha diferenciación.

1.1. El empleo temporal en las Administraciones públicas por incorporación o gestión directa

A continuación, se diferenciarán, en lo que se refiere al empleo temporal en las Administraciones públicas, las distintas modalidades de incorporación o gestión directa. Así, en primer lugar, se analizarán los contratos laborales temporales. Pese a su carácter laboral, en segundo lugar, se dedicará un apartado específico al personal indefinido no fijo, debido a las particularidades que presenta y dudas que genera en la práctica. En tercer lugar, se centrará la atención en los funcionarios interinos. En cuarto lugar, se tratará la figura del personal eventual. En quinto y último lugar, se hará referencia al personal estatutario temporal.

a) *Los contratos laborales*

Conforme a lo establecido en los artículos 8.2.c) y 11.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP) (BOE de 31 de octubre de 2015), las Administraciones públicas pueden utilizar los contratos de trabajo de carácter temporal regulados por la legislación laboral, es decir, el contrato por obra o servicio determinado, el contrato eventual y el contrato de interinidad. Es más, estos contratos deben regirse, como regla general, por lo establecido en el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de oc-

tubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) (BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255) y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de septiembre, por el que se desarrolla dicho precepto (BOE de 8 de enero de 1999, núm. 7).

Como se verá, las particularidades se refieren en el ámbito de las Administraciones públicas a las consecuencias derivadas del hecho de celebrar dichos contratos en fraude de ley (*infra* 1.1.2), de superar la duración máxima del contrato por obra o servicio determinado y de superar los límites al encadenamiento de contratos temporales (*infra* 3).

Entre estos contratos presenta una especial relevancia el contrato de interinidad por vacante. Se trata de un contrato que se utiliza tanto durante los procesos de selección como durante todo el proceso de provisión y cobertura de la vacante, incluso aunque este se retrase (STS 4.^a, de 24 de junio de 1996, núm. rec. ud. 2954/1995; STS 4.^a, de 17 de diciembre de 1997, núm. rec. ud. 4203/1996). Debe advertirse, por una parte, que su utilización con carácter fraudulento o con abuso de derecho convierte al empleado en cuestión en indefinido no fijo (*infra* 1.1.2) y, por otra parte, que, si bien su extinción por cobertura de plaza no da lugar a indemnización alguna (STS 4.^a, de 17 de diciembre de 2019, núm. rec. ud. 1758/2018), la extinción por amortización da lugar a la indemnización correspondiente al despido objetivo *ex* artículo 52.c) del TRLET (STS 4.^a, de 24 de junio de 2014, núm. rec. 217/2013).

b) *El personal indefinido no fijo*

De construcción jurisprudencial, podría pensarse que, actualmente, encuentra apoyo legal en los artículos 8.2.c) y 11.1 del TREBEP. En efecto, mientras que el artículo 8.2.c) establece que el personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal, el artículo 11.1 señala que, en función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. No obstante, como ha precisado la jurisprudencia, en dichos preceptos el término «indefinido» no se refiere a los trabajadores indefinidos no fijos. En concreto, la STS 4.^a de 22 de julio de 2013 (núm. rec. ud.1380/2012) matiza que:

La referencia que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27 de septiembre de 2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), se incorporó durante la tramitación en este, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que «también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo» (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (...), no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del artículo 61 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por ello, para la definición y alcance de los trabajadores indefinidos no fijos debe estarse a lo establecido por la jurisprudencia.

En realidad, se trata de una solución imaginativa que supera las dos alternativas previstas inicialmente, como consecuencia de la dificultad para aplicar la presunción de contrato indefinido que rige en el Derecho del Trabajo, para con los contratos temporales celebrados en fraude de ley, cuando el empresario es una Administración pública. Así, conforme a la primera alternativa, se entendía que las Administraciones públicas estaban sujetas al ordenamiento laboral cuando actuaban como empresario, por lo que el contrato fraudulento se convertía en indefinido. Por el contrario, la segunda alternativa consideraba que debía aplicarse preferentemente el ordenamiento jurídico administrativo, de modo que no era posible consolidar una plaza en el empleo público al margen de los procesos de selección reglados, por lo que la normativa laboral no desplegaba sus efectos en estos supuestos (Fondevila Antolín, 2018: 28-29).

En efecto, con la creación de la figura de los trabajadores indefinidos no fijos, el Tribunal Supremo pretende superar un problema aparentemente insoluble: el de la adecuada sanción de los abusos cometidos por las Administraciones públicas en la contratación temporal laboral respetando al mismo tiempo las garantías constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (Desdentado Bonete, 2018: 2).

Concretamente, la creación de la figura se produce por la STS 4.^a de 7 de octubre de 1996 (núm. rec. ud. 3307/1995). Esta sentencia no discute la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino que introduce una precisión de calado en relación con la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública, al establecer que:

La contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido. (F.D. 2.º)

Pese a que la STS 4.^a, de 28 de marzo de 2017 (núm. rec. ud. 1664/2015) afirme expresamente que «la figura jurídica del contrato indefinido no fijo es diferente del contrato temporal y del fijo» (F.D. 3.º), tal afirmación debe entenderse a los meros efectos de equiparar la indemnización que corresponde a los indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza ocupada con la que corresponde en los supuestos de despido objetivo *ex* artículos 52 y 53 del TRLET, de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, y evitar así su equiparación con los supuestos de terminación de los contratos temporales, en los que la indemnización que se reconoce *ex* artículo 49.1.c) del TRLET resulta inferior, a saber, la equivalente a la parte proporcional de la

cantidad que resulte de abonar doce días de salario por cada año de servicio. En este sentido, pudieron pesar también las dudas en torno a la perdurabilidad de la doctrina sentada por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa (Diego Porras I) (Asunto C-596/14), a pesar de su temprana aplicación en España a partir de la STSJ de Madrid 4.^a, de 5 de octubre de 2016 (núm. rec. 246/2014) en el ámbito de las Administraciones públicas, e incluso también el ámbito de empresas privadas, a raíz de las SSTSJ del País Vasco 4.^a, de 18 de octubre de 2016 (núms. rec. 1690/2016 y 1872/2016), de 15 de noviembre de 2016 (núm. rec. 1990/2016) y de 22 de noviembre de 2016 (núm. rec. 2146/2016).

Esas dudas comenzaron a ser patentes, por lo menos, en el ámbito de las empresas privadas, al entender parte de la jurisprudencia, por cierto, con acertado criterio, que en ese ámbito la antes aludida STJUE no tiene efecto directo [STSJ de Andalucía/Málaga 4.^a, de 16 de noviembre de 2016 (núm. rec. 1539/2016)]. Se considera acertada esta última jurisprudencia porque el contenido de la STJUE se refiere a una interpretación sobre la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 (DOCE de 10 de julio de 1999, L 175), respecto a la cual solo es predicable su aplicación directa horizontal a propósito de una manifestación del derecho a la no discriminación: la edad (Méndez Sebastián, 2017: 171). También, respecto a los contratos formativos la jurisprudencia negó la posibilidad de aplicar los efectos de la mencionada STJUE, al considerar que la doctrina que esta sienta respecto a los contratos de interinidad no es exportable a los trabajadores con contratos formativos, ya que en el caso de estos trabajadores no hay trabajador fijo comparable [STSJ del País Vasco 4.^a, de 14 de marzo de 2017 (núm. rec. 458/2017)]. Incluso desde la doctrina científica se alegó la existencia de razones objetivas en la diferencia de trato contenida en la regla indemnizatoria entre los contratos interinos y formativos y el resto, al entender que en estos se da una causalidad significativa, pues la temporalidad no trae causa de la actividad empresarial, sino que, más bien, de criterios de oportunidad, propios de las políticas de empleo (Méndez Sebastián, 2017: 182 y 197).

Finalmente, a raíz de la STJUE de 5 de junio de 2018, Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid (Asunto C-677/16), se dispuso cualquier duda, en el sentido de que esta sentencia declara lícito no prever el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva. Esa doctrina se consolida, además, en la STJUE de 21 de noviembre de 2018, Ministerio de Defensa y Ana de Diego Porras (Diego

Porras II), (Asunto C-619/17). Asimismo, la STS 4.^a, de 9 de enero de 2019 (núm. rec. 108/2018) ha acogido dicha doctrina, al establecer que la cuantía de la indemnización puede ser distinta según cuál es la causa de la terminación de la relación laboral.

En cualquier caso, no cabe olvidar que el estatuto profesional de los indefinidos no fijos se caracteriza porque, al no haber sido contratados a través de los procedimientos reglados de selección, su vínculo está limitado por la cobertura regular del puesto que desempeñan transitoriamente, sea este hecho futuro una condición [tal y como se entendió por la STS 4.^a, de 27 de mayo de 2002 (núm. rec. ud. 2591/2001)] o un término [tal y como se entendió por la STS 4.^a, de 24 de junio de 2014, (núm. rec. 217/2013)] (Desdentado Bonete, 2018: 14).

De ahí que la STS 4.^a, de 2 de abril de 2018 (núm. rec. 27/2017), vuelve a reconocer el carácter temporal de los indefinidos no fijos, al aclarar que la equiparación entre indefinidos no fijos y temporales resulta perfectamente explicable desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. En ese sentido, se establece que:

La Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, garantiza la no discriminación entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, entendiendo por los primeros aquellos cuya vinculación profesional incorpora una finalización determinada por condiciones objetivas (fecha, realización obra o servicio, hecho o acontecimiento). La equiparación de derechos se edifica desde la dicotomía conceptual apuntada; desde tal perspectiva se comprende que a quienes son indefinidos no fijos se les considere como temporales, puesto que de ese modo se permite el contraste (con quien sea *comparable*) y queda garantizada la equiparación de derechos.

Cuestión distinta es que a los efectos de resolver la cuestión objeto de litigio, que versa sobre el reconocimiento a los interinos no fijos del derecho de promoción interna en igualdad de condiciones que el personal fijo, se pretenda matizar la particularidad de los indefinidos no fijos respecto al resto de temporales, y, en especial respecto a los interinos por vacante. Esto queda patente al señalar la sentencia lo siguiente en su F.D. 3.º:

La figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajo fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato).

En último término, la lógica de la sentencia parece ir en el sentido de considerar que los indefinidos no fijos, aun siendo temporales, «en realidad están más

cerca de los fijos que de los temporales en sentido propio, pues su estabilidad relativa es mayor» (Desdentado Bonete, 2018: 26). Es decir, se parte del reconocimiento de su carácter temporal, dentro del género en el que se encuadra, aunque fijando sus propias particularidades.

No en vano, se cita expresamente el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, Marta León y Ayuntamiento de Huétor Vega (Asunto C-86/14). Cabe recordar que en el apartado 41 de dicho auto se declara que los indefinidos no fijos están claramente incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que incorpora la Directiva 1999/70/CE. Además, se matiza que «carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión “contrato indefinido no fijo”, dado que (...) tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos». Cuestión distinta es que, en realidad, dicha conversión, no pueda ser considerada una sanción, porque prolonga en el tiempo una situación que nunca debió producirse, al mantener como empleado público a una persona que no cumple con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; legaliza una contratación en origen fraudulenta; atenta contra del interés general; y no tiene en cuenta que habrá que echar mano de recursos públicos para hacer frente al pago de la indemnización correspondiente, en caso de amortización (Arufe Varela, 2015: 104).

Hay que tener en cuenta que a partir de la STS 4.^a, de 24 de junio de 2014, núm. rec. 217/2013, en los supuestos de amortización, al igual que sucede en los contratos de interinidad por vacante, se abona la indemnización correspondiente al despido objetivo, *ex* artículo 52.c) del TRLET, incluso en las extinciones anteriores a la reforma de 2012 (STS 4.^a, de 29 de octubre de 2014, núm. rec. ud. 1765/2013), a pesar de las opiniones en contra de la doctrina científica (Beltrán de Heredia Ruiz, 2012, 3-5). Por su parte, en los supuestos de cobertura de plaza procede la indemnización correspondiente a la extinción de los contratos temporales *ex* artículo 49.1.c) del TRLET (STS 4.^a, de 6 de octubre de 2015, núm. rec. ud. 2592/2014).

En todo caso, se adquiere la condición de indefinido no fijo por resolución judicial como consecuencia de la reclamación de aquellos empleados públicos que se encuentran en distintas situaciones que dan lugar a dicha condición según la jurisprudencia.

Entre los supuestos que dan lugar al reconocimiento de personal laboral indefinido no fijo de plantilla se encuentran el encadenamiento de contratos temporales *ex* artículo 15.5 del TRLET (STS de 3 de diciembre de 2013, núm. rec. ud. 816/2013); la superación del plazo previsto para la convocatoria de oferta de empleo en contratos laborales interinos por vacante, siempre que el retraso en la cobertura de plazas constituya fraude de ley o abuso de derecho (STS 4.^a de 5 de

febrero de 2020, núm. rec. ud. 2246/2018 y STS 4.^a, de 6 de febrero de 2020, núm. rec. ud. 2726/2018, para supuestos en los que no se aprecia fraude de ley o abuso de derecho y, por ende, no se reconoce la condición de trabajador indefinido no fijo; STS 4.^a, de 24 de abril de 2019, núm. rec. ud. 1001/2017, para supuestos en los que sí se aprecia fraude de ley o abuso de derecho y, por ende, sí se reconoce la condición de trabajador indefinido no fijo); la utilización de modalidades de contratos laborales en fraude de ley tal y como se contempla en el artículo 15.3 del TRLET (STS de 19 de marzo de 2002, núm. rec. ud. 1251/2001); y la prolongación del contrato de obra para obra y servicio determinado durante más de 3 años, como se establece en el artículo 15.1 del TRLET (Selma Penalva, 2018: 297).

c) *Los funcionarios interinos*

Según el apartado 1 del artículo 10 del TRLEBEP, son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Por su parte, el apartado 2 de dicho precepto precisa que la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Lo que sucede es que en la práctica es frecuente seleccionar al personal interino mediante la formación de listas de reserva o bolsas de empleo temporal constituidas por quienes no aprobaron los últimos procesos selectivos, en orden descendente de puntuación (Desdentado Daroca, 2016: 36).

Respecto al cese de estos funcionarios, al apartado 3 del mismo precepto establece que se producirá, además de por las causas generales de extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera, cuando finalice la causa que dio lugar al nombramiento. En esa línea, se dispone que cuando el funcionario interino sea nombrado para ocupar una vacante, dicha vacante deberá incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

A pesar de todo ello, la figura del funcionario interino se ha utilizado de manera abusiva en algunas Administraciones públicas. Así, a veces, este tipo de personal mantiene su relación de servicio con la Administración durante largos períodos de tiempo, muchas veces porque la Administración no convoca o tarda en convocar los procesos de selección correspondientes para poder cubrir la vacante con funcionarios de carrera (Desdentado Daroca, 2016: 37).

Igualmente, no debieran admitirse procesos restringidos diseñados «a la carta» para que esta clase de personal consolide su situación, pues ello viola el derecho del resto de ciudadanos al acceso al empleo público, al limitar de forma ilegal sus posibilidades. Lo mismo sería extensible al personal indefinido no fijo con más motivo, ya que este personal accede a la Administración de forma ilegal (Fondevila Antolín, 2018: 74)

Ese es el motivo por el que la STS 3.^a, de 16 de septiembre de 2018 (núm. rec. 1305/2017) ha procedido a reconocer que los funcionarios interinos que padecen una situación de abuso por el incumplimiento de las medidas contempladas en el artículo 10 del TRLEBEP, si bien no se convierten en personal indefinido no fijo, subsisten y continúan con su relación de empleo de funcionario interino, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que establece con carácter básico el artículo 10.1 del TRLEBEP. De este modo, en la práctica, resulta extrapolable a esta situación lo ya indicado respecto a los indefinidos no fijos, en el sentido crítico de que se prolonga una situación fraudulenta. Además, al reconocerse también el derecho a indemnización, se vuelve a incurrir en un gasto para la Administración pública.

En cualquier caso, para que acabe reconociéndose el derecho a indemnización, el Tribunal Supremo ha señalado que dicho reconocimiento:

(a) depende de las circunstancias singulares del caso; (b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y (c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y que por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, se precisa que:

El concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa, y no a hipotéticas «equivalencias», al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.

Cabe concluir preguntándose hasta qué punto estas medidas constituyen sanciones efectivas y disuasorias que impidan el uso abusivo del empleo administrativo temporal (Rodríguez Escanciano, 2017: 54).

d) *El personal eventual*

Considerado empleado público por el artículo 8.2.d) del TRLEBEP, conforme al artículo 12.1 del TRLEBEP, el personal eventual es aquel que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

El apartado 3 del mismo precepto añade que su nombramiento y cese serán libres, y matiza que el cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

De todo ello se deduce su naturaleza temporal. Sin embargo, la práctica, en ciertos casos, ha evidenciado un cierto abuso de esta figura, desbordando su carácter excepcional. Por tal motivo, en los apartados 2 y 4 del artículo 12 del TRLEBEP, se recogen algunas medidas para evitar tales abusos. Por una parte, se reserva a las leyes de la Función Pública la determinación de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal, aunque el número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Además, con la finalidad de intensificar el control político y social, se dispone que el número de eventuales y sus condiciones retributivas serán públicos. Por otra parte, la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna. Es más, al igual que los funcionarios interinos, los eventuales no gozan del derecho a la inamovilidad ni del derecho a la carrera (Desdentado Daroca, 2016: 38).

En relación con lo que se acaba de señalar, si bien el ser personal eventual no es mérito para el acceso a la función pública, hubiera sido más apropiado entender que el concepto de función pública en sentido amplio comprende también al personal laboral, cumpliendo así mejor con el fin último del precepto y evitando, en consecuencia, poder considerar como mérito el haber sido personal eventual para acceder a la condición de personal laboral (Boltaina Bosch, 2011: 143-144).

e) *El personal estatutario temporal*

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE de 17 de diciembre de 2003, núm. 301), regula la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud (*cf.* artículo 1). Entre las distintas modalidades de personal estatutario, se regula en el artículo 9 el denominado personal estatutario temporal.

Conforme a dicho precepto, los servicios de salud pueden nombrar personal estatutario temporal por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario (*cf.* apartado 1). Acto seguido, se especifica que los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución, y se procede a definir las características de cada uno de ellos:

- a) Personal administrativo interino: El nombramiento de carácter interino debe expedirse para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Por ello, se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada (*cf.* apartado 2).
- b) Personal estatutario eventual: El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos (*cf.* apartado 3):
 - b.1) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
 - b.2) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
 - b.3) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

En coherencia con su finalidad, debe acordarse el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Como medida anti fraude y que evita la cultura de la temporalidad a través de la concatenación de sucesivos nombramientos de carácter temporal en las Administraciones públicas, se establece que, si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

- c) Personal estatutario de sustitución (apartado 4): El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.

En coherencia con esa finalidad, debe acordarse el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya,

así como cuando esta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

1.2. El empleo temporal en las Administraciones públicas por incorporación o gestión indirecta

Respecto a la incorporación indirecta de personal, con frecuencia, las Administraciones públicas optan por celebrar con personas físicas contratos administrativos de servicios. *A priori*, resultaría difícil diferenciar estos contratos administrativos del contrato de trabajo, pues la diferencia entre la dependencia jurídica que caracteriza a este último y la mera sujeción a las directrices de actividad que marca la correspondiente Administración Pública será sólo teórica y no material.

No obstante, en estos casos es preciso que la contratación administrativa se adecue a los cauces específicos que para este tipo de contratación prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre de 2017, núm. 272), tanto en lo que se refiere al expediente de contratación, como a la adecuación del objeto concreto del contrato celebrado a las previsiones normativas. Así, si el servicio contratado puede encuadrarse material y formalmente en el cauce previsto para la contratación administrativa de dicha norma, regirá plenamente la exclusión que indica el artículo 1.3 del TRLET (Selma Penalva, 2006: 3-4).

Otro tanto puede decirse respecto a los supuestos en los que las Administraciones públicas acuden a Empresas de Trabajo Temporal para hacerse con los servicios de sus trabajadores (Madrid Yagüe, 2012: 177 y ss.).

De lo contrario, es decir, de no respetarse el expediente de contratación o de no adecuarse el objeto concreto del contrato celebrado a las previsiones normativas, estaríamos ante un uso fraudulento del contrato administrativo por vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público, ya que para su celebración no se seguirían los procesos selectivos propios de los contratos laborales, interinidades y puestos funcionariales correspondientes a los empleados públicos (Recuerda Girela y Fernández Depeuch, 2013: 2).

Por ello, el problema surge cuando quienes son irregularmente contratados a través de un contrato administrativo, posteriormente, solicitan el reconocimiento de su condición como personal laboral. Pues bien, en esos casos, la consecuencia jurídica es que los afectados se convierten en trabajadores indefinidos no fijos. Dicho de otro modo, lo que en su día fue una incorporación indirecta acaba siendo una incorporación directa, por lo que también de esta forma aumenta el empleo temporal en las Administraciones públicas.

La misma situación se producirá en los supuestos en los que las Administraciones públicas acudan a falsas contrata y se declare judicialmente la existencia de dicha falsa contrata y, en consecuencia, también la cesión ilegal de mano de obra por parte de la falsa contrata a la correspondiente Administración pública, y el trabajador afectado opte, conforme a lo establecido en el artículo 43 del TRLET, por convertirse en trabajador fijo en la Administración pública en la que venía prestando servicios, con la particularidad de que, en realidad, se convierta en un trabajador indefinido no fijo (STS 4.^a, de 17 de septiembre de 2002, núm. rec. ud. 3047/2001, STS 4.^a de 19 de noviembre de 2002 núm. rec. ud. 909/2002, STS de 23 de noviembre de 2016, núm. rec. 91/2016).

Sin embargo, en el supuesto de verdaderas contrata, cuando se produzca el fenómeno de sucesión de plantilla-sucesión de empresa en los términos de la STJUE de 11 de julio de 2018, Ángel Somoza Hermo e Ilusión Seguridad S.A. contra Esabe Vigilancia, S.A. y Fondo de Garantía Salarial (Asunto C-60/2017), no tendrá lugar el fenómeno.

Lo preceptuado originariamente en la letra a) del apartado primero de la Disposición Adicional vigésimo sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE de 28 de junio de 2017, núm. 153) sirve de referencia para justificarlo. Es cierto que el contenido de dicha letra a) fue declarado inconstitucional por la STC 122/2018, de 31 de octubre, pero por defectos en la técnica legislativa. En efecto, conforme a esa letra a) las Administraciones públicas no podían incorporar como empleados públicos a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones públicas, cuando los contratos se extinguieran por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adoptaba el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase de aplicación a los mismos.

Parece que el espíritu de dicho precepto es lógico, teniendo en cuenta que ante supuestos de sucesión de plantilla-sucesión de empresa los trabajadores de la primera concesionaria deben ser asumidos por la segunda concesionaria de la Administración pública en cuestión, en los términos de la mencionada STJUE y nunca por la propia Administración.

Por último, la reversión, según algunos autores, también conlleva el reconocimiento de trabajadores indefinidos no fijos a los afectados (Fernández Avilés, 2017: 13), aunque otros prefieran considerar a los trabajadores afectados como personal a extinguir, en la línea de lo previsto por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE de 17 de septiembre de 2014, núm. 226), al considerar que con la reversión se produce una situación especial, de gestión

diferenciada de plantillas, entendiendo que el personal subrogado no es propiamente en sentido formal empleado público, sino personal vinculado a un servicio concreto y en condiciones a extinguir (Alfonso Mellado, 2016: 41 y 43). Finalmente, no faltan quienes sostienen que la modalidad de indefinido no fijo no es adecuada en estos casos de reversión, porque se trata de la respuesta que la jurisprudencia dio a un supuesto de contratación temporal irregular, mientras que la reversión, que supone una transmisión de empresa, es una figura totalmente ajustada a Derecho, cuyo efecto legal no es otro que la subrogación, de forma y manera que, por una parte, los trabajadores que previamente a la reversión tuvieran un contrato temporal podrían convertirse en indefinidos, en aquellos casos en los que la actividad sea permanente y estable en la Administración, y, por otra parte, los trabajadores que previamente a la reversión tuvieran un contrato indefinido, mantendrían su situación, en los términos que se acaban de exponer para con los trabajadores temporales (López Balaguer, 2018: 8-9).

2. Los límites al empleo temporal en las Administraciones públicas derivadas de la Directiva 1999/70/CE

Antes que nada, debe recordarse que la definición del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» contenida en la Cláusula 3.1. del Acuerdo Marco que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DOCE de 10 de julio de 1999, L 175), engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y con independencia de la calificación de su contrato en el Derecho interno [apartado 108 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18); apartado 67 de la STJUE de 26 de noviembre de 2014, Raffaella Mascolo y otros contra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca y Comune di Napoli (Asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13), así como la jurisprudencia citada en dicho apartado].

Una vez realizada dicha matización, el Acuerdo Marco, en sus Considerandos, establece los primeros límites al empleo temporal, partiendo de la idea de que «los contratos de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento» (6.º Considerando). Así, siendo esa la regla general, a continuación, se dispone que «la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos»

(7.º Considerando). Si esto último hace referencia a las causas que dan origen a la temporalidad, la Cláusula 3, al definir qué debe entenderse por «trabajador con contrato de duración determinada», ofrece una importante pista para poder concretar dichas causas, al identificar los contratos temporales con aquellos «en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

La Cláusula 1, relativa al objeto del Acuerdo Marco, señala como uno de los dos objetos previstos, «establecer un marco para evitar abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».

Al respecto, tradicionalmente, se ha afirmado que no cabe una interpretación flexible e *in extenso* de dicho objeto, con la finalidad de ampliar la protección a los trabajadores temporales cuando existe un único contrato o una única relación con su empleador [*cf.* apartados 41-43 de la STJUE de 22 de noviembre de 2005, Weber Mangold contra Rüdiger Helm (Asunto C-144/04); apartado 45 de la STJUE de 26 de enero de 2012, Bianca Küçük contra Land Nordrhein-Westfalen (Asunto C-586/10); apartado 55 del ATJUE de 12 de junio de 2019, María Teresa Aragón Carrasco y otros contra Administración del Estado (Asunto C-367/18) y apartado 70 de la STJUE de 22 de enero de 2020, Almudena Baldonado Martín contra Ayuntamiento de Madrid (Asunto C-177/18)].

Por su parte, la Cláusula 5, bajo la rúbrica «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva» viene a desarrollar el mencionado objeto. De este modo, para prevenir abusos en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, pues se ha considerado por la jurisprudencia de la Unión que dicha utilización constituye una fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores [apartado 26 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid) (Asunto C-16/15), así como la jurisprudencia citada en dicho apartado], deben introducirse una o varias de las siguientes medidas, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, y sin perjuicio de que puedan existir en cada Estado miembro medidas legales equivalentes:

- a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.
- b) La duración máxima total de los sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.
- c) El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Además, se deja en manos de los Estados miembros, determinar «en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán “sucesivos”;
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido».

En relación con la remisión a los Estados miembros de cara a que sean estos quienes determinen las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco, debe matizarse, con la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), que el margen de apreciación así atribuido no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco (*cf.* apartado 58). De ahí que no quepa una definición demasiado restrictiva del concepto, pues ello permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años (*cf.* apartado 62). En consecuencia, no cabe excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha Cláusula, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo (*cf.* apartado 64).

3. Los límites al empleo temporal en las Administraciones públicas derivados de la normativa española

En la normativa española son varias las normas que contienen límites al empleo temporal en las Administraciones públicas.

Comenzando por el TRLET, la Disposición Adicional decimoquinta de dicho cuerpo normativo, bajo la rúbrica «Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas», establece una serie de matizaciones para con la

duración máxima del contrato por obra o servicio determinados establecida en el artículo 15.1.a) y los límites al encadenamiento de contratos regulados en el artículo 15.5 del mismo cuerpo legal.

Así, si bien los mismos deben surtir efectos también en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, quedan supeditados a la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. De ahí que las consecuencias de los límites fijados en ambos preceptos no pueden obstaculizar la obligación de las Administraciones públicas de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. Por ello, se prevé que, el trabajador afectado continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos citados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo (*cf.* apartado 1). En suma, se da amparo de manera tácita la figura del trabajador indefinido no fijo para cuando se superan los límites contemplados en los artículos 15.1.a) y 15.5 del TRLET (Selma Penalva, 2018: 299 y 302).

Igualmente, se matiza que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5 del TRLET solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas, sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas (*cf.* apartado 3).

Por su parte, en el ámbito del TRLEBEP, como complemento de lo preceptuado en la Disposición Adicional decimoquinta del TRLET, se prevé, en la Disposición Transitoria cuarta, bajo la rúbrica «Consolidación de empleo temporal», que las Administraciones públicas pueden efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 (*cf.* apartado 1). La sinergia respecto a la Disposición Adicional decimoquinta del TRLET vuelve a aflorar al hacerse hincapié en que los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (*cf.* apartado 2).

En esa misma línea, el artículo 70 dispone que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal. Para ello se establece la obligación de

convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un 10% adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. Además, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debe desarrollarse dentro del plazo improrrogable de 3 años (*cf.* apartado 1).

Por otro lado, deben traerse a colación como verdaderos límites al empleo temporal en las Administraciones públicas, las medidas ya analizadas en materia de funcionarios interinos por vacante *ex* artículo 10 del TRLEBEP (*supra* 1.1.3) y de personal estatutario temporal *ex* Ley 55/2003 (*supra* 1.1.5).

En suma, con la importante excepción de los trabajadores indefinidos no fijos y de los efectos derivados de la STS 3.^a, de 16 de septiembre de 2018 (núm. rec. 1305/2017) para con los funcionarios interinos, puede decirse que la legislación actual respeta, sin perjuicio de lo que suceda en la práctica, los límites indicados en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del empleado público (Instituto Nacional de Administración Pública, 2005). Estos límites, que se recogen en dicho informe en forma de medidas, suponen que (pp. 60-61):

- a) Si se trata del desempeño de plazas vacantes de plantilla, debe establecerse la necesidad de incluirlas en la primera oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decida su amortización. Además, (...) deben fijarse plazos máximos para la provisión de las vacantes por personal fijo, transcurridos los cuales la plaza se entendería amortizada.
- b) Si se trata de un nombramiento o contrato para sustituir a un empleado ausente, debe disponerse el cese del interino o contratado, en todo caso, cuando se reincorpore el funcionario o contratado fijo sustituido o este pierda el derecho a la reincorporación en el mismo puesto de trabajo.
- c) Si se trata de subvenir a necesidades urgentes, extraordinarias y circunstanciales de incremento de la actividad con el nombramiento de personal temporal, este debe cesar en cuanto dichas necesidades desaparezcan y, en todo caso, en el plazo máximo que establezca la legislación laboral.
- d) Si se trata de ejecutar programas temporales, debe exigirse que los mismos tengan una duración determinada y que los funcionarios o el personal laboral nombrados con tal carácter cesen necesariamente a su finalización. Más aun, debe prohibirse que se prorroguen o se reiteren programas temporales de similar contenido, sin que medie un informe previo sobre su eventual justificación o sobre si procede, por el contrario, la creación de plazas de carácter permanente y su provisión con personal fijo.

Ciertamente, el hecho de que en el mencionado informe se reconozca que «con harta frecuencia y en muchas Administraciones públicas la relación de empleo o de servicio de carácter temporal se prologa de manera irregular, al finalizar el plazo de duración del contrato o la causa que legitimó la contratación o el nombramiento del funcionario interino» (p. 61), no hace más que justificar la

necesidad de analizar si en el ordenamiento jurídico español se prevén medidas alternativas para prevenir y sancionar el uso abusivo del empleo temporal en las Administraciones públicas.

4. Las medidas alternativas para prevenir y sancionar el uso abusivo del empleo temporal en las Administraciones públicas

La Cláusula 5 del Acuerdo Marco no establece sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco [apartado 86 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18); y apartado 87 de la STJUE de 21 de noviembre de 2018, Ministerio de Defensa contra Ana de Diego Porras (Diego Porras II) (Asunto C-619/17), así como la jurisprudencia citada en dicho apartado].

Asimismo, hay que tener en cuenta, que, si bien conforme a la interpretación realizada por el TJUE de dicha Cláusula, es posible que los Estados miembros establezcan sanciones para disuadir la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales, el mismo tribunal ha indicado que dicha Cláusula no puede fundamentar que los Estados miembros adopten sanciones cuando se haya celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada, cuando tal contrato cubre, en realidad, necesidades permanentes y duraderas del empleador [STJUE de 23 de abril de 2009, Kiriaki Angelidaki y otros contra Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis (C-378/07), Charikleia Giannoudi contra Dimos Geropotamou (C-379/07) y Georgios Karabousanos y Sofoklis Michopoulos contra Dimos Geropotamou (C-380/07)].

Así, a los efectos de dar cumplimiento a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, los Estados miembros son libres para establecer medidas adecuadas a efectos de prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Cuestión distinta es que los propios tribunales de un Estado miembro duden sobre la existencia en su Derecho de tales medidas, y, no solo eso, sino que también así se lo planteen, como cuestión prejudicial, al TJUE.

Es lo que, ha ocurrido en España, tal y como se recoge en la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Ma-

drud (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), cuando dicha cuestión ha sido planteada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núms. 8 y 14 de Madrid. Debe matizarse que esta sentencia, si bien se enmarca en un conflicto sobre la temporalidad del personal estatutario, sus consecuencias son extrapolables al resto de colectivos de las Administraciones públicas que padecen las consecuencias de la temporalidad cuando la misma no procede.

Sin embargo, como se verá a continuación, en España sí existen medidas adecuadas a efectos de prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Tales medidas no solo son apreciables directamente en la normativa vigente, sino que también son deducibles de la misma, de una manera indirecta, gracias a la jurisprudencia del TJUE.

Comenzando por la normativa interna, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE de 28 de junio de 2017, núm. 153), en su Disposición Adicional trigésimo cuarta, bajo la rúbrica, «Exigencia de responsabilidades en las Administraciones públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral», establece una serie de medidas que, sin duda, previenen y, en su caso, sancionan el uso indiscriminado de la contratación temporal de carácter laboral.

La primera medida preventiva consiste en recordar que en España existe normativa conforme a la que deben formalizarse los contratos de trabajo del personal laboral en las Administraciones públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de enero de 1985, núm. 4), y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades (*cf.* apartado Uno).

La segunda medida preventiva radica en hacer responsables del cumplimiento de la citada normativa a los órganos competentes en materia de personal de cada una de las Administraciones Públicas y de las entidades que conforman su Sector Público Instrumental. Además, se prevé, expresamente, que tales órganos deben velar, en especial, para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo (*cf.* apartado Dos).

La tercera medida preventiva consiste en la prohibición que tienen los órganos de personal citados de atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, dado que ello solamente es posible que, en su caso, se reconozca por resolución judicial (*cf.* apartado Dos, *in fine*).

Una cuarta medida preventiva consiste en la obligación de las Administraciones públicas de promover en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de todo lo anterior, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal (*cf.* apartado Cuatro). Al respecto, sigue siendo válida la recomendación realizada en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del empleado público (Instituto Nacional de Administración Pública, 2005), según la cual (p. 63):

Ha de emitirse informe jurídico preceptivo, por el titular del órgano competente en cada caso, bajo su propia responsabilidad, sobre la imposibilidad legal de prorrogar de manera expresa o implícita el nombramiento de interino o contrato temporal que finaliza. Emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asume la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le corresponda según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral.

En lo que se refiere a la sanción, se establece que las actuaciones irregulares en la materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos de personal mencionados, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas (*cf.* apartado Tres).

Centrando la atención en la jurisprudencia del TJUE, cabe señalar distintos aspectos señalados por la misma, que los tribunales internos deben considerar en la interpretación y aplicación del Derecho interno:

- a) La Cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone a que una norma nacional prohíba de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada que, en realidad, tienen por objeto cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador. No obstante, para ello es necesario que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro en cuestión cuente, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada [apartado 184 de STJUE de 23 de abril de 2009, Kiriaki Angelidaki y otros contra Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis (C-378/07), Charikleia Giannoudi contra Dimos Geropotamou (C-379/07) y Georgios Karabousanos y Sofoklis Michopoulos contra Dimos Geropotamou (C-380/07), (Asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07), así como la jurisprudencia citada en dicho apartado].
- b) La Cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada como medida

para evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Ello es así porque el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar dicha utilización abusiva [apartado 87 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), así como la jurisprudencia citada en dio apartado].

- c) No se ajusta a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco el hecho de que la normativa y jurisprudencia nacionales justifiquen que el empleador proceda a la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada para responder a necesidades permanentes y estables en materia de personal, con fundamento en que tales renovaciones se llevan a cabo ajustándose a las causas de nombramiento previstas por la normativa interna, sin que, por el contrario, impidan ese modo de actuar [apartado 80 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)]. Ciertamente, como recuerda la STJUE de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid) (Asunto C-16/15), es admisible que una normativa nacional permita la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que se creen puestos estructurales, siempre que ello esté justificado por una razón objetiva acorde con la Cláusula 5 del Acuerdo Marco (*cf.* apartado 54). Pero ello no es óbice para que los tribunales procedan a averiguar la licitud de la razón objetiva que permite dichas renovaciones, con el objetivo de cerciorarse de que, en realidad, no se están encubriendo, mediante contrataciones temporales, situaciones objetivas que justifiquen una obligada creación de plantilla fija (Fondevila Antolín, 2018: 47).
- d) Debe considerarse una medida legal equivalente a las categorías de medidas contempladas en la Cláusula 5.1, letras a) a c), para prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, la organización, dentro de los plazos exigidos, de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada. Debe entenderse que esta medida es adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva [apartado 94 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad

de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)]. Ahora bien, debe garantizarse que esos procesos tienen que organizarse efectivamente, porque, de lo contrario, la medida no resultaría adecuada, es decir, suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. Además, en este último supuesto, debe sancionarse dicha actuación, creando un efecto negativo en el empleador [apartado 97 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)].

En todo caso, lo que no se consigue con la organización de estos procesos selectivos es la reparación de los empleados que hayan podido sufrir el abuso. Con otras palabras, la mera oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo a través de la participación en dichos procesos no es suficiente porque tales procesos presentan un resultado incierto y también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas del abuso. Ciertamente, la organización de tales procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada [apartados 100 y 101 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)].

Pero todo ello debe ser apreciado por los tribunales internos, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, a fin de valorar si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada puede considerarse una medida adecuada prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada [apartado 106 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)].

- e) La transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en indefinidos no fijos no permite por sí sola alcanzar la finalidad perseguida por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco porque dicha transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público

con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además, hay que tener en cuenta que, a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en indefinidos no fijos no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo [apartado 102 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)].

De todos modos, nuevamente, todo ello debe ser apreciado por los tribunales internos, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, a fin de valorar si la transformación en indefinidos no fijos puede considerarse una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada [apartado 106 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)].

- f) La concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente puede consistir en una medida legal equivalente en los términos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, siempre y cuando dicha concesión tenga por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Además, dicha indemnización no solo debe ser proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. En cualquier caso, corresponde a los tribunales internos determinar si la indemnización en cuestión constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar el abuso, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicable [apartados 103, 104, 105 y 106 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18); apartados 94 y 95y de la STJUE de 21 de noviembre de 2018, Ministerio de Defensa contra Ana de Diego Porras (Diego Porras II) (Asunto C-619/17), aunque en esta última sentencia la indemnización valorada fuera la contemplada en el artículo 49.1 del TRLET].
- g) La Cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, en caso de utilización abusiva por parte de un empleador público

de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, de carácter abusivo al comportamiento del empleador de modo que el Acuerdo Marco no sea aplicable a la situación de ese empleado público [apartado 116 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)].

- h) La Cláusula 5 del Acuerdo Marco carece de efecto directo, porque no es incondicional ni suficientemente precisa, y, por ende, no puede invocarse como tal por un particular ante un juez nacional con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria. De ahí que un tribunal nacional no esté obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. Ello no obstante, los tribunales internos, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, deben hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Acuerdo Marco y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [apartados 118 a 125 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz y otros contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), así como la jurisprudencia citada en dichos apartados].

5. Conclusiones

Primera. El empleo temporal en las Administraciones públicas continúa siendo demasiado elevado. Para tratar ese problema, previamente, es necesario diferenciar las distintas modalidades de empleo temporal que pueden existir en las Administraciones públicas. A tal efecto, resulta esencial considerar no solamente el personal incorporado de manera directa, sino que también el personal que se incorpora de manera indirecta.

Segunda. Entre las modalidades de empleo que suponen una incorporación directa, las que más problemas suponen para que la temporalidad disminuya son el empleo del personal laboral de interinidad por vacante y el empleo de los indefinidos no fijos.

Así, el hecho de que la utilización, con carácter fraudulento o con abuso de derecho, del contrato de interinidad por vacante suponga la conversión del em-

pleado que la padece en indefinido no fijo, no hace más que prolongar una situación de temporalidad que nunca debió producirse más allá de lo legalmente previsto.

Por su parte, los empleados indefinidos no fijos, que siguen constituyendo una modalidad de empleo temporal, pese a que nunca debieron existir por incumplir los procesos de selección reglados y vulnerar, en consecuencia, los principios de igualdad, mérito y capacidad, prolongan en el tiempo situaciones en origen fraudulentas, atentando contra el interés general y, en su caso, ante su eventual amortización, generando un coste a la Administración que equivale a la indemnización por despido objetivo.

Además, el problema que plantea la figura del indefinido no fijo es que la jurisprudencia, durante años, ha ido ampliando las situaciones que dan lugar a la misma.

Al margen de estas dos modalidades de empleo temporal, resulta preocupante la jurisprudencia sentada respecto a los funcionarios interinos por la STS 3.^a, de 16 de septiembre de 2018 (núm. rec. 1305/2017), que, si bien pretende hacer frente a las situaciones abusivas que estos pueden padecer, en realidad, prolonga una situación fraudulenta y genera costes por las indemnizaciones que reconoce pudieran tener lugar.

Tercera. La incorporación indirecta de personal temporal a las Administraciones públicas se produce, principalmente, en supuestos de contratos administrativos de servicios celebrados con personas físicas y con personas jurídicas vía contratas o empresas de trabajo temporal. Además, en los supuestos en los que se produzca un fraude de ley en la contratación, los afectados se convertirán, previa resolución judicial, en indefinidos no fijos y, por ende, pasarán a formar parte de la planilla de la Administración pública en cuestión. Es lo que sucede con los falsos contratos administrativos que encubren contratos laborales y con la cesión ilegal de trabajadores, existiendo dudas respecto al fenómeno de la reversión.

Cuarta. La Directiva 1999/70/CE se aplica también a los empleados públicos. De la misma derivan una serie de límites al empleo temporal. Así, dichos límites se refieren, en primer lugar, a que los contratos temporales deben obedecer a razones objetivas, como el hecho de que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral responda al cumplimiento de una fecha concreta, a la realización de una obra o servicio determinado, o a la producción de un hecho o acontecimiento determinado. En segundo lugar, deben evitarse los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y para ello los Estados miembros deben introducir alguna o algunas de las medidas previstas en la propia Directiva o implementar sus propias medidas legales equivalentes.

Quinta. En la normativa española son varias las normas que contienen límites al empleo temporal en las Administraciones públicas.

Por una parte, respecto al personal laboral debe estar a lo dispuesto por la Disposición Adicional decimoquinta del TRLET. Así, cuando se superan los límites contemplados en los artículos 15.1.a) y 15.5 del TRLET, el empleado afectado continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura. Todo ello debe completarse con lo establecido en la Disposición Transitoria cuarta del TRLEBEP, ya que prevé que las Administraciones públicas pueden efectuar convocatorias de consolidación de empleo.

Por su parte, el artículo 70 del TRLEBEP incorpora una serie de garantías para que las necesidades de recursos humanos en las Administraciones públicas se cubran adecuadamente, a través de las correspondientes ofertas de empleo público o instrumentos similares.

Asimismo, también se contemplan límites al empleo temporal en las Administraciones públicas en la regulación de los funcionarios interinos por vacante en el artículo 10 del TRLEBEP y del personal estatutario temporal en la Ley 55/2003.

Sin embargo, la figura de los indefinidos no fijos y los efectos derivados de la STS 3.^a, de 16 de septiembre de 2018 (núm. rec. 1305/2017), para con los funcionarios interinos constituyen dos excepciones demasiado importantes que ponen en peligro la virtualidad de los límites a la temporalidad en las Administraciones públicas.

Sexta. Ante la existencia de abusos en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los Estados miembros son libres para establecer medidas adecuadas a efectos de prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. En concreto, en España, existen tales medidas, bien recogidas directamente en la normativa vigente, bien en aplicación de la jurisprudencia emanada sobre esta materia del TJUE.

Séptima. La Disposición Adicional trigésimo cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 establece una serie de medidas que, sin duda, previenen y, en su caso, sancionan el uso indiscriminado de la contratación temporal de carácter laboral. Entre tales medidas debe destacarse que se hace responsable del cumplimiento de la normativa en materia de contratos de trabajo del personal laboral a los órganos competentes en materia de personal de cada una de las Administraciones Públicas y de las entidades que conforman su Sector Público Instrumental. Además, estos órganos deben evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Para el cumplimiento de todo ello, las Administraciones públicas deben

fijar criterios de actuación. Al respecto, se considera oportuno seguir la recomendación recogida en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del empleado público.

Pero incluso más allá de las medidas preventivas, el ordenamiento jurídico español contempla una importante sanción que disuade el abuso en la contratación temporal. Se trata de exigir responsabilidades a los titulares de los órganos de personal mencionados.

El problema que presenta la Disposición Adicional trigésimo cuarta de la Ley 3/2017 es que se ciñe solo al personal laboral y no alcanza, por tanto, a los funcionarios interinos y al personal estatutario temporal. Ciertamente, una respuesta unitaria sería aconsejable, para que, partiendo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por una parte, se abonara la indemnización correspondiente al empleado afectado por el funcionamiento anormal de la Administración, y, por otra parte, se ejercitara la acción de regreso contra los titulares de los órganos de contratación correspondientes, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o penales en las que estos también pudieran incurrir.

Octava. En aplicación de la jurisprudencia emanada del TJUE sobre las medidas que previenen y, en su caso, sancionan los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, deben considerarse los siguientes aspectos:

- a) En las Administraciones públicas españolas existe la prohibición absoluta de transformar contratos temporales en fijos, y ello resulta conforme a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, porque en el ordenamiento jurídico español se recogen medidas que limitan la contratación temporal y medidas que previenen y sancionan la concatenación de distintos contratos temporales. Igualmente, como consecuencia de que existen tales medidas, en España no existe la obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada como medida para evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.
- b) No procede la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada para responder a necesidades permanentes y estables en materia de personal, a pesar de que para llevar a cabo tales renovaciones se aleguen causas de nombramiento previstas en la legislación. Aun existiendo razones objetivas que permitan la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, ello debe controlarse por los tribunales, que serán quienes deban determinar si existe una situación objetiva que justifique la obligación de crear plantilla fija, porque, si es así, deberá procederse a cubrir esas plazas a través de los procedimientos legalmente establecidos.

- c) La organización efectiva, dentro de los plazos exigidos, de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada es una medida adecuada para prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Por el contrario, cuando la organización no resulte efectiva y adecuada para el fin previsto, deberá sancionarse tal actuación, creando un efecto negativo en el empleador. Además, debe repararse a los empleados que hayan podido sufrir el abuso de la concatenación de contratos temporales, porque, de lo contrario, la organización de los procesos selectivos no se considerará suficiente.
- En la normativa española se prevé la organización efectiva de tales procesos, y respecto al personal laboral se responsabiliza *ex Ley 3/2017* a los culpables de vulnerar las medidas establecidas para limitar y prevenir los abusos en la contratación temporal. En lo que se refiere a la reparación de los empleados que han sufrido el abuso que conlleva la concatenación de contratos temporales, no existe criterio legal que pueda concretar el contenido y alcance de dicha reparación. Pero si se entiende que con dichos procesos se procederá a cubrir plazas, lo lógico es que, conforme a lo que señala actualmente la jurisprudencia, en el caso del personal laboral interino por vacante no quepa indemnización alguna y en los supuestos de indefinidos no fijos y funcionarios interinos la indemnización se corresponda con la prevista para la extinción de contratos de trabajo temporales en el artículo 49.1.c) del TRLET.
- d) La transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en indefinidos no fijos no es una medida adecuada para prevenir y sancionar la temporalidad en las Administraciones públicas, a pesar de que el TJUE deje tal consideración en manos de los tribunales internos, porque la figura de los indefinidos no fijos prolonga en el tiempo situaciones en origen fraudulentas, atentando contra el interés general y, en su caso, ante su eventual amortización, generando un coste a la Administración que equivale a la indemnización por despido objetivo.
- e) El TJUE considera que una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente puede constituir una medida adecuada para prevenir y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en las Administraciones públicas, siempre y cuando, así lo consideren los tribunales internos y sirva para compensar el abuso sufrido. Sin embargo, debe partirse de la idea lógica de que la causa del daño causado es el funcionamiento irregular de la Administración pública del que se ha beneficiado quien no cumple los requisitos para continuar siendo empleado público o quien nunca los cumplió, en el caso de los indefinidos no fijos.

- f) El hecho de que un empleado público haya consentido el establecimiento o la renovación de sus relaciones de servicio de duración determinada por parte de la Administración pública no enerva el carácter abusivo de la situación.
- g) Los tribunales internos no están obligados a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho interno contrario a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco que se adjunta a la Directiva 1999/70/CE. Pero tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, deben hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Acuerdo Marco y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta.

6. Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, C.L. (2016): «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)», *Revista de Derecho Social*, 73, 25-44.
- ARUFE VARELA, Alberto (2015): «Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 1-27.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2012): «“Amortización simple” de indefinidos no fijos: tampoco procede en las extinciones anteriores a la reforma de 2012», *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 173, BIB 2015\677.
- BOLTAINA BOSCH, Xabier (2011): «La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, extra 13, 129-169.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio (2018): «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», *Revista de Información Laboral*, 10, BIB 2018\13435, 1-32.
- DESDENTADO BONETE, Elena (2016): *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, Albacete, Bomarzo, 2.^a edición.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio (2017): «Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, 407, 5-13.
- FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge (2018): «Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos”», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 13, 15-83.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2005): *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2018): «Reversión de contrata a la Administración pública con recuperación de la infraestructura esencial al servicio: SSTS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)», *Civitas: Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 205, BIB 2018\5868, 1-13.

- MADRID YAGÜE, Pilar (2012): «Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28, 164-191.
- MÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz (2017): «La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos», *Civitas: Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 194, 165-201
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DEPUECH, Lucía (2013): «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario (parte I)», *Revista General de Derecho Administrativo*, 32, 1-28.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2017): «Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, 407, 17-56.
- SELMA PENALVA, Alejandra (2006): «¿Cuál es el cauce procedimental oportuno en la contratación administrativa? Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2006», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, BIB 2006\1835, 1-6.
- SELMA PENALVA, Alejandra (2018): «El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos. Comentario a la Sentencia N.º 352/2018 del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de lo Social, 2 de abril de 2018», *IUSLabor*, 2, 294-307.
- VILLANUEVA PUERTOLLANO, Ricardo (2012): *El empleo público local: una visión global. Análisis práctico de las relaciones funcionariales y laborales*, Madrid, Editorial Académica Española.

EL MENOSCABO DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR COMO CAUSA DE EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO DE TRABAJO (ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES)¹

Worker dignity as a cause of termination of the employment contract

ELISA SIERRA HERNAIZ*

Universidad Pública de Navarra, España

RESUMEN

El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo vía artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores está condicionada por dos factores. En primer lugar, que se produzca el supuesto de hecho contemplado en los apartados 50.1.a) y 50.1.c) y, en segundo lugar, que se cumplan los estrictos requisitos que exigen los Tribunales para la aplicación del artículo 50 ET. Ambos elementos limitan las posibilidades de que el ataque a la dignidad del trabajador adquiera mayor autonomía propia como fundamento para la aplicación de este precepto. Sin embargo, se puede observar una incipiente evolución en la doctrina jurisprudencial que admite el menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción en conexión con los derechos fundamentales inespecíficos, como son el artículo 15 y 24 CE, lo que está ampliando las posibilidades de aplicación de este precepto dado los bienes jurídicos afectados.

Palabras clave: dignidad, extinción, contrato de trabajo.

ABSTRACT

Attacks on the dignity of the worker are justified cause of termination of the employment relationship in accordance with the provisions of article 50 of the Workers Spanish Law is conditioned by two factors. First, that legal requirements are met and, secondly, that the strict requirements demanded by the Courts for the application of Article 50 ET are met. Both elements limit the possibilities that the attack on the dignity of the worker acquires greater autonomy as a cause for the application of this precept. However, an incipient evolution can be observed in the jurisprudential doctrine that admits the impairment of the dignity of the worker in connection with non-specific fundamental rights, such as article 15 and 24 EC, as a cause of extinction, which is expanding the possibilities of application of this precept.

Keywords: dignity, termination, employment contract.

¹ Proyecto de Investigación: DER 2017-85148P – Del derecho a la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Universidad de Zaragoza.

* **Correspondencia a:** Elisa Sierra Hernaiz. Edificio las Encinas, c/ Cataluña s/n, UPNA - Campus de Arrosadía, 31006 Pamplona-Iruñea (España) – elisa@unavarra.es – <https://orcid.org/0000-0002-4320-026X>

Cómo citar: Sierra Hernaiz, Elisa. (2020). «El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)»; *Lan Harremanak*, 43, 73-94. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21751>).

Recibido: 23 mayo, 2020; aceptado: 22 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La necesidad de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y valores inherentes a la persona del trabajador es una constante en la regulación del ámbito jurídico laboral, que ha ideado distintas formas o maneras para proteger su ejercicio frente a los poderes empresariales, siendo quizás la más conocida la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales. Pero también existen otras posibilidades como la regulada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que permite a la persona trabajadora solicitar la extinción de la relación laboral con las indemnizaciones correspondientes del despido improcedente, cuya aplicación, aunque más limitada tanto por la regulación legal como por los criterios interpretativos exigidos por los Tribunales, desempeña un papel muy importante en la preservación de estos derechos y valores en la relación laboral.

En relación con esta materia, la dignidad de la persona trabajadora es uno de los valores constitucionales que vertebran la aplicación del artículo 50 ET, no solo para el apartado 50.1.a) sino también para calificar como grave cualquier otro incumplimiento del empresario (50.1.c). Así, si existe una modificación sustancial de condiciones de trabajo que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 41 ET pero no conlleva un ataque a la dignidad del trabajador, la posibilidad de extinción de la relación laboral pasa por lo dispuesto en el propio artículo 41 ET (20 días de salario con un máximo de 12 mensualidades siempre que la condición modificada esté incluida en los supuestos previstos en la norma) sin que quepa la extinción de la relación laboral vía artículo 50.1.a) ET. Más abiertas a priori se presentan las posibilidades del artículo 50.1.c) dada la indeterminación de la redacción legal, lo que ha permitido que el menoscabo a la dignidad de la persona trabajadora sea una de las causas más invocadas en el momento de solicitar la extinción indemnizada de la relación laboral.

En este contexto se está produciendo una evolución en la doctrina de los Tribunales que dota de mayor autonomía a la dignidad del trabajador respecto de dos derechos fundamentales, por un lado, el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución Española (CE) para las situaciones de acoso moral y, por otro, del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), mediante la garantía de indemnidad, lo que refuerza la autonomía del concepto de dignidad del trabajador para solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo vía artículo 50 ET y abre otro vía de defensa, una más, para el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral.

2. El respeto a la dignidad de la persona trabajadora en el contexto de la relación laboral

El artículo 10.1 de la Constitución Española (CE) reconoce, entre otros, la dignidad de la persona como pilar del orden político y de la paz social, lo que le convierte en el fundamento de muchos derechos fundamentales y, en general, de todos los principios y derechos de nuestro ordenamiento jurídico (Monereo, 2020: 112 y ss), lo que supone, en el ámbito concreto del derecho del trabajo, que la persona trabajadora deba ser tratada y respetada conforme a su dignidad personal durante el desempeño de una actividad laboral retribuida (Ojeda; Igartua, 2008: 148). De hecho, la dignidad es uno de los derechos básicos laborales reconocidos en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET) —*los trabajadores tienen derecho a la consideración debida a su dignidad*— que se constituye en uno de los límites al poder de organización y dirección del empresario. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid, de 20 de abril de 2017, núm. 277/2017, recuerda que el poder de dirección del empresario²

no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que se encuentra sometido a determinadas limitaciones, debiendo utilizarse con el máximo respeto a los derechos que del contrato emanan para el trabajador y sin perjuicio para él, o con la compensación adecuada cuando el ejercicio de tal potestad resulte inevitable y sin que pueda exceder de lo que las normas legales y los principios generales inspiradores del derecho social imponen.

Una de las cuestiones más complejas desde un punto de vista jurídico es dotar a la dignidad del trabajador de un contenido propio y autónomo, pues se trata de una noción dinámica y abstracta cuyo significado habrá de determinarse en cada momento histórico, vinculada en muchos casos al ejercicio de un derecho fundamental. En este contexto, a la hora de especificar su contenido, los Tribunales toman como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, siendo de destacar el papel fundamental que ha desempeñado el Tribunal Constitucional (TC), en sus pronunciamientos 53/85, de 11 de abril y 120/90, de 30 de julio, en los que reconoce la dignidad de la persona como base y mínimo de la personalidad, lo que implica una prohibición de tratos vejatorios y degradantes, un derecho a no sufrir humillaciones, cuyo contenido ha de ser especificado caso por caso, vinculada normalmente a los derechos fundamentales de los que se solicita el amparo (Ojeda; Igartua, 2008: 151 y ss).

² JUR\2017\165589.

³ STSJ de Madrid, de 4 de abril de 2017, núm. 324/2017, AS\2017\941.

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre ... constituyendo, en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» [STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120), de modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo ... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.⁴

En cuanto a la interpretación de los Tribunales Laborales, siguiendo el fallo del TC 236/2007, de 7 de noviembre, se considera la dignidad de la persona⁵

fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE (RCL 1978, 2836), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador.

Por ello, la dignidad se ha valorado como la honorabilidad, entendiendo por tal un criterio social objetivo, que es atacada cuando «se constata una actuación patronal que conlleva un deterioro notorio del prestigio personal, laboral, social y económico del trabajador» o cuando el trabajador es objeto de un trato vejatorio, represivo o humillante (Requena Montes, 2017: 38). En este sentido, la dignidad de la persona trabajadora va unida al respeto que se merece ante sus compañeros y jefes, como persona y como profesional. Así, la STSJ de Madrid, de 23 de mayo de 2018, núm. 548/2018, específicamente define la dignidad de la persona como⁶

un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

⁴ *Idem.*

⁵ STSJ de Madrid, de 23 de mayo de 2018, núm. 548/2017, AS\2018\1944, y de 4 de abril de 2017, núm. 324/2017, AS\2017\941.

⁶ AS\2018\1944. En parecido sentido, la STSJ, de Madrid, de 2 de junio de 2017, núm. 543/2017, JUR\2017\188346, sostiene que: «la dignidad del trabajador como atributo de la persona supone desde un punto de vista objetivo que las personas no pueden ser objeto de tortura o trato degradante, ni reducidas a la consideración de objetos o de mera fuerza de trabajo. Desde un punto de vista subjetivo conecta con el derecho al honor y excluye las conductas dirigidas a causar perjuicio en la consideración social de la persona o en su autoestima. Por ello, el menoscabo de la dignidad puede entenderse, en sentido amplio, como toda falta de respeto, vejación o descrédito de carácter grave que sufre el trabajador ante sus compañeros de trabajo o jefes y su entorno socio-familiar, como persona o como profesional».

A modo de ejemplo, se ha considerado que existe un menoscabo de la dignidad si se atribuyen a un trabajador unas funciones que supongan una degradación o humillación que no puede quedar justificada por la lógica productiva y cuya finalidad última sea atacar la consideración del trabajador, ante sí mismo y ante los demás⁷, aunque la dignidad del trabajador no se ve afectada si

el cambio de funciones se produce dentro del mismo grupo profesional y en unas circunstancias y dentro de un ámbito donde no cabe, en principio, apreciar un perjuicio a la formación profesional del recurrente, ni tampoco un menoscabo de su dignidad, ya que se ha mantenido su retribución y su categoría, y la asignación de funciones aparece como una decisión de alcance limitado y motivada por una situación que se presenta como extraordinaria y no permanente, evitando así otras medidas más graves para el trabajador.⁸

3. El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador

El artículo 50 ET reconoce el derecho del trabajador a extinguir la relación laboral ante un incumplimiento empresarial con derecho a la indemnización del despido improcedente basada en las causas señaladas en dicho precepto (Taléns (2016); Rodríguez (2014) y González (2009)). Para su aplicación es necesario cumplir los requisitos fácticos establecidos por los Tribunales que condicionan la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar la extinción de la relación laboral, puesto que la voluntad del trabajador por sí misma no es suficiente para finalizar el vínculo contractual⁹. Estos criterios jurisprudenciales exigen que el perjuicio ocasionado al trabajador tenga una entidad suficiente para extinguir el contrato de trabajo, pudiendo ser invocado únicamente para los supuestos recogidos en la norma y respecto de conductas empresariales que supongan una ruptura injustificada del contrato de trabajo, lo que habrá de ser determinado caso por caso¹⁰.

No se trata, por lo tanto, de un supuesto de extinción de la relación laboral con indemnización que dependa de la voluntad unilateral del trabajador sino que la misma queda sometida a los requisitos legales y jurisprudenciales cuyo objetivo es evitar que, ante un incumplimiento de las obligaciones del empresa-

⁷ STSJ de Madrid, de 23 de mayo de 2018, núm. 548/2018, AS\2018\1944.

⁸ STSJ de Madrid, de 20 de abril de 2017, núm. 277/2017, JUR\2017\165589. En el texto de este fallo se hace mención expresa a la doctrina de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo en el sentido de entender que atenta la dignidad toda actuación empresarial en la que el trabajador es degradado de un puesto a otro inferior, teniendo en cuenta su categoría profesional y sus posibles promociones a lo largo de su vida profesional.

⁹ STSJ, de Cataluña, de 1 de diciembre de 2017, núm. 7407/2017, AS\2018\585.

¹⁰ *Ibidem*.

rio, el trabajador se vea forzado a presentar la dimisión sin indemnización (Semper; San Martín (2001); Tormos Pérez, 2017:100)¹¹. En este sentido, la finalidad última de este precepto es compensar o resarcir conductas que afectan a la dignidad e integridad de la persona del trabajador (Rodríguez Piñero; Fernández, 1988: 133-134):

la conducta empresarial que el trabajador no está obligado a soportar y que le lleve a tener que marcharse originan un daño o perjuicio al trabajador que fundamenta la apertura al derecho a una indemnización, no causalmente equiparada en la ley a la del despido injustificado.

Consecuentemente, le corresponderá al juez examinar si la conducta del empresario tiene la suficiente relevancia, esto es, que la misma suponga un incumplimiento empresarial cualificado, evaluando las «circunstancias concurrentes de cada caso concreto a fin de no conculcar el criterio finalista de la norma que no es susceptible de interpretación extensiva» para determinar el derecho del trabajador a ser indemnizado por el perjuicio sufrido ante conductas empresariales especialmente peligrosas y graves (Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer; Fernández López, 1988: 138).

Por lo que respecta a los criterios generales de aplicación del artículo 50 ET por parte de los Tribunales, tal y como ha sido señalado en el apartado anterior, van a condicionar su reconocimiento en la realidad concreta, siendo en muchos casos de aplicación restrictiva¹².

En primer lugar, el trabajador debe solicitar la extinción de la relación laboral ante el juez y, como regla general, tiene que seguir prestando servicios hasta que exista una sentencia estimatoria de sus reclamaciones¹³. En caso contrario, si cesa voluntariamente se entenderá que se trata de un supuesto de dimisión del trabajador, con todas sus consecuencias legales en el caso de que la sentencia sea desestimatoria para los intereses del trabajador. Precisamente, una de las excepciones a esta regla general es que exista un perjuicio o ataque a la dignidad o integridad física o moral del trabajador, una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas o que concurran consecuencias de tal gravedad que justifique que la persona trabajadora no siga prestando servicios durante

¹¹ Tal y como señala la STSJ, de Andalucía, de 16 de julio de 2019, núm. 1941/2019, JUR 2019/248550, la acción resolutoria del contrato de trabajo a instancias del trabajador tiene por finalidad «evitar que un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo al empleador, sitúe a aquel en una posición forzada de dimisión, sin recibir la indemnización correspondiente al despido, constituyendo el art. 50 ET, la trasposición en el ámbito laboral de la regla general del derecho de obligaciones contenida en el art. 1124 CC».

¹² STSJ, de Cataluña, de 13 de mayo de 2019, núm. 2347/2019, AS 2019/1980, y de Andalucía, de 22 de septiembre de 2016, núm. 1347/2016, JUR\2017\35190.

¹³ STSJ, de Cataluña, de 1 de diciembre de 2017, núm. 7407/2017, AS\2018\585.

el proceso judicial. Así, en la STSJ, de Islas Baleares, de 17 de febrero de 2017, núm. 59/2017, se señala que¹⁴:

no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso en los términos a que se ha hecho referencia. (STS/IV 20-julio-2012 —rcud 1601/2011—)

En segundo lugar, la carga de probar el incumplimiento empresarial recae sobre la persona trabajadora. Esta exigencia supone una de las principales dificultades de aplicación de este precepto, puesto que al trabajador le corresponde acreditar el incumplimiento empresarial en cumplimiento de los artículos 1258, 1101 y 1124 del Código Civil¹⁵. En este sentido, la STSJ, de Andalucía, de 22 de septiembre de 2016, núm. 1347/2016, recuerda que¹⁶:

Por otro lado, la doctrina jurisprudencial ha afirmado que dicho artículo 50 del ET constituye la transcripción en el derecho laboral del artículo 1124 del Código Civil y que, en no señalando dichos preceptos qué caracteres debe tener el incumplimiento determinante de la resolución, ha expresado que éste ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su prestación e insta la resolución, y también voluntario, entendiéndose por tal, no sólo una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento, sino también una voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor.

Y, en tercer lugar, el incumplimiento empresarial ha de ser grave, poseer una entidad suficiente, trascendente respecto de la obligación empresarial. Para acreditarlo es necesario que la persona trabajadora aporte criterios objetivos, sin que se necesario demostrar una intención maliciosa por parte de la empresa¹⁷. Así:

el incumplimiento determinante de la resolución del contrato invocado por la trabajadora, ha de ser grave, es decir, ha de hacer referencia a una parte esencial de lo pactado, y ha de ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspi-

¹⁴ JUR\2017\93729.

¹⁵ STSJ de Madrid, de 4 de abril de 2017, núm. 324/2017, AS\2017\941.

¹⁶ JUR\2017\35190.

¹⁷ STSJ, de Madrid, de 23 de julio de 2019, núm. 742/2019, JUR 2019/284225.

raciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión. No toda modificación o alteración de funciones lleva inherente un menoscabo a la dignidad del trabajador toda vez que entonces sobraría su exigencia legal expresa. Por el contrario, tal perjuicio profesional o menoscabo de la dignidad han de concurrir objetivamente y de forma tal que resulte justificado el efecto de la extinción del contrato con indemnización, con arreglo al mismo criterio al que se somete la calificación de los incumplimientos contractuales del trabajador a efectos sancionadores.¹⁸

A modo de ejemplo, no se ha admitido la demanda de extinción de la relación laboral de un comandante de aviación que alegaba que se le estaba degradando frente a cuatro pilotos instructores por un cambio de funciones, al considerarse que no existía un incumplimiento empresarial grave de las legítimas aspiraciones o expectativas del trabajador sino que se trataba de una situación de conflictividad laboral, enquistada en el tiempo¹⁹. En cambio, ante una situación de acoso moral llevada a cabo por un superior jerárquico contra una trabajadora, con un trato degradante y despectivo, con insultos y expresiones groseras cotidianas, así como hostigamiento continuado, se permitió la extinción al estimar que el incumplimiento empresarial tuvo entidad suficiente tanto por su duración temporal, siendo continuado y persistente, como en lo que respecta a la ausencia de ocupación efectiva debida:

no sea un mero acto esporádico sino un comportamiento continuado y persistente; esto es, que tenga verdadera trascendencia por constituir un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario (...) y la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada de ese deber. A los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse exclusivamente si la actuación empresarial, es o no grave o trascendente en relación con las obligaciones que en este punto debe cumplir, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo). En caso de situaciones menores no hay causa de resolución. Tal conducta sólo puede llegar a constituir un incumplimiento de gravedad bastante para justificar la acción resolutoria, si reviste entidad suficiente para implicar una perturbación grave de la prestación debida.²⁰

En cuanto a las causas extintivas señaladas en el artículo 50.1 ET son realmente cuatro, a pesar de que únicamente sean tres apartados. En primer lugar, que se realicen modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sin respetar lo establecido en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de la dig-

¹⁸ STSJ, de la Comunidad Valenciana, de 16 de mayo de 2017, núm. 1259/2017, JUR\2017\213464.

¹⁹ STSJ, de la Comunidad Valenciana, de 13 de junio de 2017, núm. 1557/2017, JUR\2017\214270.

²⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia, de 15 de octubre de 2018, núm. 399/2018, AS\2019\248.

nidad del trabajador; en segundo lugar, la falta de pago o retrasos continuados del salario; en tercer lugar, cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, y, en último lugar, la negativa del empresario a reincorporar al trabajador a sus antiguas condiciones laborales cuando una sentencia hay declarado injustificada una modificación sustancial de condiciones de trabajo o una movilidad geográfica. De todas ellas, el apartado a) y c) son las que tienen una conexión más clara y directa con la dignidad del trabajador por lo que serán objeto de estudio en el siguiente apartado.

3.1. La extinción de la relación laboral por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden en el menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora. Análisis del artículo 50.1.a del Estatuto de los Trabajadores

La reforma laboral del año 2012 incorporó cambios sustantivos respecto a la redacción del artículo 50.1.a) que ha supuesto que quede limitado a los casos más graves de incumplimientos empresariales. Así, para que se convierta en causa justa de extinción de la relación laboral ha de acreditarse de manera simultánea y en cada caso concreto que el empresario ha incumplido lo establecido en el artículo 41 ET, esto es, no ha acreditado las causas que justifican la modificación sustancial de condiciones de trabajo o no haya respetado el procedimiento legalmente establecido, dependiendo de si la modificación es carácter individual o colectiva, y que exista un menoscabo a la dignidad de la persona trabajadora. Además, hay que tener en cuenta los criterios jurisprudenciales para su aplicación que exigen, por una parte, que el trabajador sea capaz de probar lo que alega, o al menos aporte indicios, identificando claramente los hechos constitutivos del incumplimiento contractual, y, por otra, que el ataque a la dignidad tenga una cierta entidad, lo que supone concretar una conducta empresarial claramente vejatoria o al menos que atente abierta y gravemente a la dignidad del trabajador en el contexto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo²¹.

Antes de entrar en analizar los requisitos de aplicación de este apartado el primer paso es determinar qué se entiende por modificación sustancial de condiciones de trabajo. Pues bien, se trata de una medida empresarial relevante y perjudicial para los intereses del trabajador o trabajadora, lo que habrá de determinarse caso por caso al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, teniendo en cuenta para ello aspectos como su impacto cualitativo, la entidad del cambio, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, no habiéndose admitido por los Tribunales las modificaciones no sustanciales que tengan el ca-

²¹ STSJ de Madrid, de 23 de mayo de 2018, núm. 548/2018, AS\2018\1944.

rácter de ocasionales o accidentales a considerar a estas últimas una manifestación del *ius variandi* del empresario²²:

Así el T.S., en reciente sentencia de 24 de enero de 2017, RCU 97/2016 (RJ 2017, 813) reitera que nuestro ordenamiento laboral atribuye al empresario la capacidad de variar unilateralmente las condiciones de trabajo siempre que el cambio no sea sustancial porque forma parte del poder de dirección de la empresa un *ius variandi* o facultad de modificación no sustancial del contrato entendido como poder de especificación y concreción de la necesariamente genérica prestación laboral.²³

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial, se exige como criterios generales que concurra gravedad, esto es, que la modificación afecte a lo esencial de lo pactado y perjudique a las aspiraciones o expectativas legítimas del trabajador. Ejemplos de ello son la falta de abono de complementos salariales y del incremento del salario; la alteración del disfrute de vacaciones y de fines de semana libres o la falta de respeto al horario pactado y del trabajo a turnos pactado²⁴. Además, ha de ser voluntaria, pues debe tratarse de una conducta empresarial rebelde y pertinaz, y, por último, debe concurrir culpabilidad por parte del empresario, lo que supone que la decisión de modificar se ha tomado de forma arbitraria al no haberse respetado el procedimiento establecido en el artículo 41 ET (Requena Montes, 2017: 16 y ss).

En este sentido, y tal y como señala el TSJ de Madrid, en su fallo de 2 de junio de 2017, núm. 543/2017, para que proceda la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del artículo 50.1.a) ET, además de la gravedad de la conducta que afecte a lo esencial de lo pactado, se requiere que tenga una cierta

²² Así, en la STSJ de Madrid, de 23 de mayo de 2018, núm. 548/2018, AS\2018\1944 se indica que «Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista “ad exemplum” del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “iusvariandi” empresarial. (...) Ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes. (...) Se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de “modificación sustancial” y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador. (...) Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones. Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como “el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados”».

²³ STSJ, de Madrid, de 28 de febrero de 2018, núm. 137/2018, AS\2018\1202.

²⁴ STSJ, de Andalucía, de 5 de abril de 2017, núm. 660/2017, JUR\2017\162754.

intensidad en el sentido de que frustre «las aspiraciones o expectativas legítimas del trabajador, y voluntaria, reveladora de una conducta pertinaz y definitiva de incumplimiento de las obligaciones contractuales»²⁵.

En este contexto, ejemplos típicos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que han sido admitidas al amparo del artículo 50.1.a) son el cambio de horario o la movilidad funcional del trabajador más allá del artículo 39 ET. Respecto del cambio de horario se ha entendido que existe cuando se transforma una jornada continua a partida o reducir la jornada a cambio de añadir tres jornadas laborales al año pero, en cambio, no lo es el adelanto de entrada al trabajo en media hora que suponía adicionalmente salir media hora antes, puesto que se trata más bien de una distribución de horario distinta más que de una modificación del mismo²⁶. En cuanto a la movilidad funcional, los supuestos más comunes son el cambio de funciones a un grupo profesional inferior o las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo las que afecten a las funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevén los artículos 39 del ET y 41.1 f) ET²⁷.

Pues bien, una vez concretado el concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo los requisitos que exige el artículo 50.1.a) es que exista un incumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 41 ET y un menoscabo a la dignidad de la persona trabajadora, lo que dificulta su aplicación en la práctica, ya que es muy común que puede haber afectación a la dignidad del trabajador pero el procedimiento sea correcto o viceversa. Para estos supuestos, el trabajador siempre podrá exigir la extinción de la relación laboral del artículo 41 si la modificación afecta a alguna de las causas previstas en el ET o vía artículo 50.1.c) si demuestra un ataque cualificado a su dignidad.

Un ejemplo que admite la extinción de la relación laboral conforme al artículo 50.1.a) se encuentra en la STSJ, de las Islas Canarias, de 15 de junio de 2017, núm. 571/2017²⁸, que considera que existe una degradación injustificada en el desempeño de la actividad laboral de la trabajadora, lo que supone un ataque a su dignidad, ataque que hay que conectarlo con el derecho del trabajador a la promoción y formación profesional en el trabajo. Así, la trabajadora desempeñó durante más de veinte años funciones directivas de coordinación, supervisión y gestión de un centro asistencial y, a raíz de la decisión empresarial, pasa a prestar servicios en un puesto de nivel inferior —fisioterapeuta— sin que la empresa justifique los motivos de su decisión. A su vez, la empresa no respetó el procedimiento del artículo 41:

²⁵ JUR\2017\188346.

²⁶ STSJ, de Madrid, de 4 de abril de 2017, núm. 324/2017, AS\2017\941.

²⁷ STSJ, de Islas Canarias, de 15 de junio de 2017, núm. 571/2017, JUR\2017\223700.

²⁸ JUR\2017\223700.

no ha cumplido las previsiones del artículo 39 y 41 del Estatuto pues solo será posible dicha movilidad si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención, y en la carta no se comunican de forma detallada las razones concretas que expliquen la decisión empresarial así se alude genéricamente a la necesidad de tener a un profesional con la especialidad de fisioterapia que presten el servicio permanente en la residencia de mayores para una mejor atención y cuidado que precisan los mayores y ante una falta regular de la prestación de este servicio, pero no se explica en la carta, ni en ningún caso en el relato fáctico resultan acreditadas razones organizativas que justifiquen dicha medida: no consta cual es la plantilla anterior y posterior del centro, no se explica ni consta como se prestaba la asistencia con anterioridad, no se refleja informe alguno ni documento que justifique la necesidad de una nueva plaza de fisioterapeuta o que acredite la producción de una vacante, tampoco es razonable que se atienda a dicha pretendida necesidad destinando a una trabajadora con un nivel retributivo superior, de modo que tras la modificación en la empresa al menos hay dos personas en plantilla que van a tener las retribuciones del grupo segundo. Pasando a abonar a dos trabajadoras las retribuciones correspondientes al grupo segundo, para desarrollar una de las funciones que antes no desempeñaba y correspondientes a un grupo inferior.

Otro ejemplo es el supuesto analizado por la STSJ, de Andalucía, de 27 de septiembre de 2017, núm. 2679/2017²⁹, que confirma la degradación profesional de una trabajadora por un cambio de funciones que supuso ponerla a las órdenes de una compañera perteneciente a un grupo profesional inferior sin justificar la razón de la modificación, limitándose su superior a comunicarlo al resto de la plantilla y sin respetar el procedimiento establecido. Para el Tribunal la decisión empresarial carece de fundamento desde un punto de vista de la lógica productiva, en cuanto que se sustituyó a dicha trabajadora por otra de otro grupo lo que suponía una evidente humillación y, además, se produjo un ataque a su dignidad por la falta de respeto que un trabajador merece ante sus compañeros y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiendo ser situado por una decisión empresarial en una posición tal que provoque un menoscabo en ese respeto.

La dignidad puede ser afectada cuando a un trabajador se le atribuyan unas funciones en un contexto en el cual, a pesar de la licitud y dignidad originarias de las funciones encomendadas, la finalidad buscada o el efecto producido sea el de reducir la consideración que ese trabajador puede tener ante sí mismo y ante los demás, de manera que muy por encima de la lógica productiva que el cambio funcional comporte, lo esencial sea la degradación o humillación del trabajador.

En cambio, es muy común que no se admita la demanda de extinción por diversos motivos, como que el trabajador o trabajadora no sea capaz de probar

²⁹ AS\2017\1788.

el menoscabo a su dignidad³⁰; no quede acreditada la movilidad funcional alegada por lo que no se produce la modificación sustancial de condiciones de trabajo³¹ o no exista modificación sustancial de condiciones de trabajo en el sistema de llamamiento de fijos discontinuos por la existencia de motivos productivos que condicionan el llamamiento de los trabajadores por sus responsabilidades concretas respecto a la actividad a desempeñar, unido a que, en este caso, el trabajador rechazó formarse para adaptarse a la nueva maquinaria exigida por las nuevas demandas que tiene que atender la empresa, quedando su sistema de trabajo habitual residual, por lo que no procedía el llamamiento³².

3.2. La extinción de la relación laboral por cualquier incumplimiento grave empresarial. Análisis del artículo 50.1.c)

El artículo 50.1.c) hace referencia a cualquier otro incumplimiento grave empresarial como causa de extinción indemnizada de la relación laboral y viene a constituir una especie de cláusula de cierre genérica de aplicación muy restrictiva por parte de los Tribunales, la mayoría de las ocasiones limitada al incumplimiento del deber de ocupación efectiva por parte del empresario, al considerarse que se trata de un incumplimiento que reviste suficiente gravedad que supone, en muchos casos, un ataque a la dignidad de la persona trabajadora.

Un ejemplo de ello lo proporciona la STSJ, de Andalucía, de 16 de julio de 2019, núm. 1941/2019³³, que no admitió la gravedad del incumplimiento del deber de ocupación efectiva puesto que el trabajador estuvo siete años sin realizar función alguna durante toda su jornada laboral y sin plantear ninguna reclamación individual o a través de sus representantes, cobrando su salario durante todo el tiempo, por lo que se trata de un conducta voluntariamente aceptada, un consentimiento tácito por parte del trabajador, un consenso mutuamente aceptado por ambas partes. Es más, cuando se le dio ocupación efectiva el trabajador solicitó la extinción de la relación laboral, lo que, para el órgano judicial, desacredita la demanda del trabajador. En este sentido³⁴:

la legalidad vigente el indicado derecho del empleado y la correlativa obligación patronal, presentan un valor absoluto y la no satisfacción del primero cualquiera que sea su incidencia en los citados aspectos supone incumplimiento contractual que normalmente ampara la resolución del contrato por voluntad del trabajador, mediante la consiguiente indemnización, dado que tal incumplimiento por afectar a deber tan

³⁰ STSJ, de Madrid, de 4 de abril de 2017, núm. 324/2017, AS\2017\941.

³¹ STSJ, de Madrid, de 23 de julio de 2019, núm. 490/2019, JUR 2019/28422.

³² STSJ de la Comunidad Valenciana, de 22 de noviembre de 2016, núm. 2523/2016, JUR\2017\39333.

³³ JUR 2019/248550.

³⁴ *Idem*.

trascendente, ha de considerarse que alcanza la cota de gravedad que exige el párrafo c del apartado 1 del mencionado art. 50.

Tampoco se consideró un incumplimiento del deber de ocupación efectiva la reclamación de un trabajador según la cual se suspendió de forma arbitraria la prestación laboral, ya que la empresa fue capaz de demostrar que la falta de ocupación fue debida a un permiso retribuido, lo que suponía una exoneración de prestar servicios, manteniendo durante la duración del mismo todos los derechos de trabajador³⁵.

4. Nuevos espacios de actuación para el artículo 50 ET.

El refuerzo del ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos por menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora

Del estudio de recientes pronunciamientos judiciales se puede vislumbrar cómo el menoscabo a la dignidad está adquiriendo espacios de actuación autónomos y propios, más allá de lo dispuesto en la doctrina tradicional de los apartados a) y c) del artículo 50 ET que, además de asegurar la protección de la misma, sirven para reforzar el ejercicio de dos derechos fundamentales inespecíficos de la persona trabajadora (Palomeque: 2003)³⁶. Por un lado, la garantía de indemnidad, manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE que supone una protección frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones inherentes al contrato de trabajo (Baylos Grau; Birgillito; Castelli, 2020: 466 y ss). Y, por otro lado, las situaciones de acoso moral vinculadas al derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE (López Insua, 2020: 527 y ss). Cabe recordar que en ambos casos se trata de derechos básicos de los trabajadores, recogidos en el artículo 4.2.e) ET —al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo—; 4.2.g) ET —ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo— y 17.1 ET —serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación—.

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que existen dos niveles de protección para los supuestos en que se alega un ataque a la dignidad del trabajador

³⁵ STSJ, de Madrid, de 23 de mayo de 2018, núm. 548/2018, AS\2018\1944.

³⁶ STSJ, de Madrid, de 23 de julio de 2019, núm. 1941/2019, JUR 2019/284225.

vía artículo 50 ET. Uno, un nivel de protección no cualificado para derechos de legalidad ordinaria, amparado en el artículo 50.1.a) o en el 50.1.c), como es el derecho a la ocupación efectiva; y un segundo, un nivel de protección cualificado que está reforzando el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos cuando conlleven un ataque a la dignidad de la persona trabajadora, lo que facilita incluir supuestos de difícil encaje en el precepto estatutario, como pueda ser la vulneración de la garantía de indemnidad. A su vez, la importancia de este segundo nivel radica en que, al tratarse de derechos fundamentales, se invierte la carga de la prueba, siempre que se aporten indicios suficientes por parte del trabajador o trabajadora, de tal manera que el empresario pase a tener que proporcionar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, lo que supone un importante refuerzo de las demandas de los trabajadores por menoscabo de su dignidad al amparo del artículo 50.1.c) (artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social):

la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador pasan por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Por esta razón, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria.³⁷

³⁷ STSJ, de Andalucía, de 18 de octubre de 2018, núm. 1685, AS\2018\419. Así no se ha admitido demandas por falta de acreditación de que el empresario tuviera intención de causar un perjuicio deliberado a la trabajadora, atentando a su dignidad y/o integridad física en un supuesto de reducción de funciones y salario (STSJ de la Comunidad de Valencia, de 12 de febrero de 2019, núm. 416/2019, JUR 2019/111030) o que en los hechos probados no se evidencie la existencia de indicios que muestren un trato humillante o de hostigamiento de acoso para que se produzca la inversión de la carga de la prueba (STSJ, de Andalucía, de 6 de julio de 2017, núm. 1711/2017, JUR\2017\310473).

4.1. La extinción de la relación laboral por vulneración de la garantía de indemnidad. Artículo 24.1 CE

La garantía de indemnidad en el ámbito del contrato de trabajo protege a la persona trabajadora frente a sanciones empresariales que constituyan una represalia por el ejercicio legítimo de las acciones contractuales para la tutela y el reconocimiento de los derechos del trabajador en aplicación del artículo 4.2.g) ET y 24.1 CE, en clara conexión con el artículo 14 CE y 17.1 ET (Álvarez, 2005). Así:

la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo.³⁸

En el fallo del TSJ de Andalucía, de 16 de noviembre de 2017, núm. 3339/2017, se reconoce el derecho del trabajador a extinguir la relación laboral vía artículo 50.1.c) al entender existe un menoscabo grave de su dignidad por vulneración del derecho a la vulnera la garantía de indemnidad del trabajador. En este caso, se produjo un cambio de grupo profesional que supuso para el trabajador pasar de desempeñar funciones de mando, con doce trabajadores a su cargo y un despacho en la planta baja, a funciones de vendedor, llevando uniforme, sin personal a su cargo y con un despacho en la Planta Sótano, dejando vacía de contenido la categoría profesional de mando, con su correspondiente reducción salarial, modificaciones que se produjeron al mes de presentar una papeleta de conciliación reclamando una serie de diferencias salariales por la reducción de un complemento personal, sin que la empresa puede justificar porque al trabajador le aplica dichos cambios mientras que al resto de vendedores les mantiene las mismas condiciones laborales, aplicando para ello la regla de distribución de la carga de la prueba:

cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su deci-

³⁸ STSJ, de Andalucía, de 16 de noviembre de 2017, núm. 3339/2017, AS\2018\18.

sión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.³⁹

A su vez, en la STSJ, de Cataluña, de 26 de marzo de 2018, núm. 1917/2018⁴⁰, también se reconoce el derecho a la extinción indemnizada de la relación laboral, al entender que existe vulneración de la garantía de indemnidad consistente en dejar de adscribir al trabajador para la realización de guardias médicas, alegando necesidades formativas de los Médicos Residentes Internos, lo que supuso un grave ataque a su dignidad. En este caso concreto, el trabajador consiguió que se le reconociese vía judicial la existencia de relación laboral a tiempo parcial con el Hospital. A raíz de ello, dejó de desempeñar guardias y de percibir la retribución correspondiente a las mismas, sin que el Hospital pudiese alegar una razón objetiva, causal y acreditada que justifique su decisión, teniendo en cuenta que otros trabajadores, que se encontraban en idéntica situación a la del demandante, siguieron adscritos a las guardias.

4.2. La extinción de la relación laboral por acoso laboral. Artículo 15 CE

Para los Tribunales el acoso moral es una justa causa de extinción de la relación laboral vía artículo 50 siempre que exista, por un lado, una relación directa entre las medidas empresariales denunciadas y las consecuencias de las mismas sobre el trabajador, que son fundamentalmente un ataque grave contra su dignidad mediante la creación de un entorno hostil, degradante o humillante, una situación de violencia psicológica y sistemática durante un período prolongado de tiempo, una intención de perjudicar al trabajador, y, por otro, que el trabajador sea capaz de aportar indicios de dichas conductas, sin que se admitan los conflictos, enfrentamientos y desentendidos laborales que se pueden producir en el transcurso de la relación laboral⁴¹.

De este modo, no todas las situaciones que revelen un conflicto entre un trabajador y su superior jerárquico o entre trabajadores de igual categoría han de calificarse, sin más, como acoso moral; es decir, no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso moral, sin perjuicio, obviamente, de que tales prácticas abusivas encuentren respuesta a través de otras vías previstas legalmente. Para recibir la consideración jurídica propia de acoso, ha de envolverse la actuación empresarial desde el prisma de una presión que ha de ser maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado por la conducta.⁴²

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ JUR\2018\181478.

⁴¹ *Idem.*

⁴² Sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia, de 15 de octubre de 2018, núm. 399/2019, AS\2019\248. En idéntica línea se pronuncia la STSJ, de Cataluña, de 18 de diciembre de 2019, núm. 6709/2019, JUR\2019\90925, que constata una situación de tensión sin que la misma su-

Así, los Tribunales entienden por acoso laboral

la agresión del empresario o de alguno de sus empleados a un trabajador, con el consentimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes, o palabras, conducta repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, lo que puede llegar a deteriorar la salud de éste. (...) siendo su objeto «destruir las redes de comunicación de las víctimas que las sufren, erosionando su reputación, y perturbando el desarrollo de su actividad mediante el daño progresivo y continuo a la dignidad del trabajador».⁴³

A su vez, los requisitos exigidos para acreditar estas situaciones son la existencia de actos, gestos o palabradas intencionados dirigidos a presionar al trabajador de una manera real y efectiva; que dichos actos que sean de naturaleza laboral y que estos actos sean continuados y reiterados en el tiempo produciendo una vejación injusta y una situación de estrés laboral⁴⁴.

En relación con este derecho, y tal y como señalan nuestros Tribunales, las respuestas de nuestro ordenamiento jurídico a las situaciones de acoso moral son hasta ahora fundamentalmente reactivas, ya que actúan una vez que el acoso laboral produce conflictos agudos e irremediables en la empresa, que trascienden al mero conflicto laboral (STC, 81/2018, de 16 de julio. Correa: 2019:52 y ss; Molina: 2018; Ramos, 2018)⁴⁵. En este modelo hay que situar al artículo 50.1.c) puesto que permite que el trabajador se separe de la empresa, extinguiendo la relación laboral con derecho a indemnización, pero no evita que se vea perjudicado al ver su contrato de trabajo extinguido⁴⁶.

ponga un ataque a la dignidad del trabajador ni tampoco que la misma sea la causa de una situación de acoso o la STSJ de Andalucía, de 18 de octubre de 2018, núm. 1685/2017, AS\2018\419, que evidencia la existencia de algunos desprecios públicos pero no con la entidad suficiente para ser calificados como acoso laboral.

⁴³ STSJ, de Andalucía, de 16 de noviembre de 2017, núm. 3339/2017, AS\2018\18.

⁴⁴ STSJ, de Andalucía, de 16 de noviembre de 2017, núm. 3339/2017, AS\2018\18; de Madrid, de 2 de junio de 2017, núm. 543/2017, JUR\2017\188346 y del Juzgado de lo Social de Valencia, de 15 de octubre de 2018, núm. 399/2018, AS\2019\248: «*En definitiva lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión*».

⁴⁵ No existe una definición legal de acoso moral como tal pero se entiende que tiene cabida en diversas regulaciones como el artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que define acoso como: «*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*» o el ya mencionado artículo 4.2.e) del ET. A su vez, Inspección de Trabajo ha desarrollado una labor fundamental a la hora de identificar estas conductas. Véase el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el Trabajo.

⁴⁶ STSJ, de Madrid, de 2 de junio de 2017, núm. 543/2017, JUR\2017\188346.

Un ejemplo de extinción de la relación laboral por acoso moral se encuentra en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia, de 15 de octubre de 2018, núm. 399/2018⁴⁷, que constata la existencia de un trato degradante y despectivo, con insultos y expresiones groseras habituales, un hostigamiento continuado y una actitud agresiva que creó un entorno laboral calificado como un infierno, que hacía que los trabajadores se replanteasen a diario su continuidad en la empresa. De los indicios aportados se constata la afectación del derecho fundamental a la integridad física y moral y un menoscabo de la dignidad de la trabajadora que solicita la extinción de la relación, situación que le ocasionó un trastorno de ansiedad generalizado, siendo la misma reactiva a su contexto laboral, sin que la empresa pudiera ofrecer una justificación objetiva y razonable.

Por el contrario, en la mayoría de las ocasiones no se admiten las demandas de extinción de la relación laboral, fundamentalmente porque con los indicios aportados no se puede acreditar la existencia de acoso laboral. En primer lugar, la STSJ, de Cataluña, de 13 de mayo de 2019, núm. 2347⁴⁸, no estima acreditada la situación de acoso moral alegada por la trabajadora. En este caso, la demandante, con la categoría profesional de *office cocinera*, tras una baja por lumbago con ciática, alega el día que se reincorpora que no se considera apta para trabajar, yéndose de vacaciones 15 días. A la vuelta, es declarada por el servicio de salud de su empresa apta sin limitación alguna, lo que le fue comunicado por el Jefe de Cocina, declaración que consideró como indignante. A la trabajadora se le modificó el sistema de turnos de trabajo, teniendo que pasar a trabajador los turnos de tarde-noche o el turno partido de fin de semana, lo que supuso un cambio en sus anteriores condiciones de trabajo. A raíz de ello, la trabajadora sufre una crisis de angustia por la que tuvo que ser hospitalizada y que le provocó un trastorno de ansiedad con una baja laboral. En este caso, el Tribunal entiende que no queda acreditado que dicha crisis sea consecuencia de una situación de acoso laboral o de un trato vejatorio por parte de la empresa, sino más bien ante una modificación de las condiciones de trabajo que no siguió el procedimiento previsto en el artículo 41 ET, sin que exista ataque a la dignidad de la trabajadora.

Igualmente, en la STSJ, de Madrid, de 2 de junio de 2017⁴⁹, núm. 543/2017, no se admite la reclamación de una trabajadora que alegaba una situación de acoso por parte de la empresa con la finalidad de provocar su auto expulsión del trabajo. Según la demandante, fue objeto de insultos y vejaciones por parte del empresario, que le negó días de vacaciones y descanso, que tampoco le pagó las horas encubiertas, modificándole de manera unilateral su estructura salarial al eliminarle la mejora voluntaria que tenía reconocida de 150

⁴⁷ AS\2019\248.

⁴⁸ AS 2019/1980.

⁴⁹ JUR\2017\188346.

euros al mes, cambiándole de centro de trabajo y habiendo sido incluso zaran-deada y amenazada por el empresario. Frente a esas alegaciones, el Tribunal entiende que no se ha producido vulneración alguna de derechos fundamentales ni tampoco de acoso o falta de respeto a su dignidad puesto que la trabajadora no aporta evidencia alguna de los hechos que imputa a la empresa ni tampoco constan en la grabación de las conversaciones reconocidas por las dos partes. Así:

no hay ninguna actuación denigrante, de menosprecio, amenaza o coacción ni de él ni de los primeros interlocutores que aparecen en el comienzo de la grabación donde lo que manifiestan son opiniones del porqué consideran que no tiene derecho a percibir la mejora voluntaria que vinculan a la gestión de la trabajadora en la tienda donde estaba y al hecho de que se la haya cambiado de tienda a cambio de ello (.....) siendo muy claramente recogido en esa grabación que la demandante manifiesta que ya no quiere trabajar ahí y no quiere ir a trabajar a ninguna tienda, dando por concluida la relación en las condiciones que habían acordado. La conversación transcurre tranquilamente y quedan al día siguiente para formalizarlo todo. En la grabación del día siguiente tampoco hay ninguna actuación denigrante, de menosprecio, amenaza o coacción, transcurre tranquilamente y en ella la empresa le explica tres veces el contenido de la liquidación porque la trabajadora dice que no se entera de nada; todo transcurre tranquilamente hasta el momento que la trabajadora coge de su mano el papel en el que la empresa había plasmado la liquidación tomándola de la mano del interlocutor momento en el que dice se lleva la documentación para examinarla y cuando el interlocutor le dice que la documentación es suya entonces empieza a gritar la trabajadora y su acompañante (...) . Desde luego no hay ningún intento de retención por el empleador ni de impedirles la salida (...).

5. Conclusiones

Tal y como ha sido señalado, la aplicación del artículo 50 ET está fuertemente condicionada por la redacción legal y los criterios de interpretación jurisprudencial, lo que restringe su campo de actuación a los incumplimientos contractuales empresariales más graves. Ejemplo de ello es la actual redacción del apartado a) o la dificultad de extinción de la relación laboral en base al apartado c) a pesar de carácter aparentemente abierto y amplio. Por ello, en el caso de que se alegue un menoscabo a la dignidad del trabajador la extinción queda reservada a los ataques más severos, lo que le puede privar de eficacia dada la dificultad que en muchas ocasiones tiene el trabajador para probar estas conductas.

Sin embargo, dada la relevancia de los bienes jurídicos existentes, hay que defender que el artículo 50 ET sea un medio que proteja al trabajador frente a los ataques a su dignidad y no se convierta en un obstáculo para la misma. Como ha sido señalado, es necesario que la dignidad del trabajador sea considerada (Ojeda; Igartua, 2008: 168) «un factor positivo, que permita conside-

rar indignos y, por tanto, contrarios a los más supremos valores constitucionales comportamientos, aun no explícitamente constitucionalizados, imperantes y generalizados por razones de uso y abuso social», lo que permite que sea utilizada como argumento en sí misma, sin necesidad de establecer una conexión directa con otros derechos fundamentales (Rodríguez, 2014: 134-135). Desde esta perspectiva, el menoscabo de la dignidad del trabajador podría convertirse en fundamento directo de extinciones de la relación laboral al amparo del artículo 50.1.c) con la finalidad de garantizar el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos (Goñi, 2014: 87-88):

la eficacia de su ejercicio y la preservación del núcleo irrenunciable del derecho inherente a la dignidad de la persona, que es la clave de los derechos fundamentales (...). Por más que se reconozcan derechos, si la realidad impide contradictoriamente, realizarlas, carecen, a la postre, de la condición de derechos fundamentales.

En este sentido, la admisión por parte de los Tribunales de la extinción indemnizada de la relación laboral vía artículo 50 realzando el menoscabo a la dignidad de la persona trabajadora en supuestos de vulneración de la garantía de indemnidad o en situaciones de acoso moral dotan de una mayor autonomía a este concepto y refuerzan su papel garante para el ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, especialmente los denominados inespecíficos.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2005). *La Garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo.
- ÁLVAREZ GIMENO, Rafael (2012). *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Granada: Comares.
- BAYLOS GRAU, Antonio; BIRGILLITO, María Laura; CASTELLI, Nunzia (2020), «Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE y normas concordantes)», en MONEREO PÉREZ, José Luis; VILA TERNO, FRANCISCO; ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos (dir.). *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*. Granada: Comares, 449-470.
- CORREA CARRASCO, Manuel (2019). *Acoso laboral. Regulación jurídica y práctica aplicativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María (2009). *La dimisión provocada: configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores*. Granada: Comares.
- GOÑI SEIN, José Luis (2014). «Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», en AA.VV. *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*. Madrid: Cinca, 1-98.
- LÓPEZ INSUA, Belén del Mar (2020). «Derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 y normas concordantes)», en MONEREO PÉREZ, José Luis; VILA TERNO, FRANCISCO; ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos (dir.). *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*. Granada: Comares, 503-537.

- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2018). *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿estancamiento y subestimación o lento progreso?* Albacete: Bomarzo.
- MONEREO PÉREZ, José Luis (2020). «La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (art. 10.1 CE y normas concordantes)», en MONEREO PÉREZ, José Luis; VILA TERNO, FRANCISCO; ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos (dir.). *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*. Granada: Comares, 1-186.
- OJEDA AVILÉS, ANTONIO; IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2008). «La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 73, 147-169.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos (2003). «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», AA.VV. (Dir. Sempere Navarro, A.V.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 229-248.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (2018). «Acoso en el trabajo y dignidad de las personas: la lesión de derechos fundamentales en clave restrictiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2018, de 16 de julio», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, 429, 200-210.
- REQUENA MONTES, O. (2017). «La modificación sustancial de condiciones de trabajo que no respeta lo previsto en el artículo 41 y redundante en menoscabo de la dignidad del trabajador», en TODOLÍ SIGNES, Adrián; TALENS VISCONTI, Eduardo; REQUENA MONTES, Óscar; TORMOS PÉREZ, Juan Alberto. *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: Artículo 50 ET*. Valencia: Tirant lo Blanch, 13-71.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2014). «Dignidad, honor e intimidad en el trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 108, 133-163.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda (1998). *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*. Madrid: La Ley-Actualidad.
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, CAROLINA (2001). *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona: Aranzadi.
- TALÉNS VISCONTI, EDUARDO (2016). *El Procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos*. Albacete: Bomarzo.
- TORMOS PÉREZ, J.A (2017). «Supuestos referidos a otros incumplimientos graves de las obligaciones del empresario y la negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones cuando una sentencia declare injustificadas las medidas de los artículos 40 y 41» en TODOLÍ SIGNES, Adrián; TALENS VISCONTI, Eduardo; REQUENA MONTES, Óscar; TORMOS PÉREZ, Juan Alberto. *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: artículo 50 ET*. Valencia: Tirant lo Blanch, 99-140.

NUEVA NORMATIVA DE DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA PARA GRANDES EMPRESAS. ANÁLISIS DE CASOS SOBRE POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR

New regulations on the disclosure of non-financial information for large companies. Analysis of cases on work-life balance policies

KAMILLA TEIXEIRA-SILVA, AINHOA SAITUA-IRIBAR*

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, España

RESUMEN

La directiva 2014/95/UE, aplicable a las empresas más grandes, exige la presentación de un Estado de Información No financiera que explique las políticas relacionadas con aspectos sociales y las medidas adoptadas incluyendo, entre otros, las relativas a la conciliación familiar como parte de las condiciones de trabajo. En este estudio cualitativo exploratorio de casos, se analiza la información divulgada por cuatro empresas que pueden considerarse especialmente sensibles al tema de la conciliación familiar en el primer ejercicio de aplicación del RDL 18/2017 en España, y se lleva a cabo una selección de buenas prácticas de divulgación que puedan servir de guía para otras empresas que quieran aplicarlo, incluso sin estar obligadas. Los resultados confirman el efecto positivo de la nueva normativa en el nivel de información divulgada respecto al ejercicio anterior, pero sugieren que aún hay margen de mejora en la cantidad y calidad de la información sobre conciliación divulgada por las empresas.

Palabras clave: Responsabilidad Social Corporativa; Transparencia; Información no financiera; Recursos Humanos; Conciliación laboral.

ABSTRACT

Directive 2014/95/EU, applicable to larger companies, requires the preparation of a Non-Financial Information Statement explaining the policies applied in relation to social aspects and the measures adopted including, among others, those relating to work-life balance as part of working conditions. This qualitative exploratory study of cases analyses the information disclosed by four companies considered sensitive to the issue of work-life balance in the first year of enforcement of RDL 18/2017 in Spain. Also carries out a selection of good disclosure practices that may serve as a guide for other companies that wish to apply it, even if they are not required to. The results confirm the positive effect of the implementation of new regulations on the level of information disclosed with respect to the previous year, but suggest that there is room for improvement in the quantity and quality of information on work-life balance disclosed by companies.

Keywords: Corporate Social Responsibility; Transparency; Non-financial Information; Human Resources; Work-life balancing.

* **Correspondencia a:** Ainhoa Saitua-Iribar. Facultad de Economía y Empresa (Sarriko), Avenida Lehendakari Agirre, 83, 48015-Bilbao (España) – ainhoa.saitua@ehu.eus – <https://orcid.org/0000-0002-6937-1753>

Cómo citar: Teixeira-Silva, Kamilla; Saitua-Iribar, Ainhoa. (2020). «Nueva normativa de divulgación de información no financiera para grandes empresas. Análisis de casos sobre políticas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar»; *Lan Harremanak*, 43, 95-119. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21246>).

Recibido: 20 noviembre, 2019; aceptado: 29 mayo, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La sociedad, cada vez más preocupada por conocer sobre la gestión empresarial responsable, reclama información ya que las personas inversoras, trabajadoras, consumidoras, etc. consideran necesario disponer de información relevante sobre la gestión de las entidades en las que invierten, trabajan, consumen, etc. (ORSC, 2016). La transparencia conduce a una mejor gestión de las empresas, y no solo en relación con la información en materia financiera, sino también en relación con materias sociales y medioambientales. En este sentido, la Unión Europea ha trabajado activamente en las últimas décadas, hasta la aprobación de la Directiva 2014/95/UE de información no financiera, también conocida como Directiva de *Reporting* RSC, de aplicación para las empresas más grandes (Larriaga y Luque, 2017; García, Martín y Rodríguez, 2020).

El objetivo de esta directiva es aumentar la transparencia y el rendimiento de las empresas en materia social y, por lo tanto, gestionar de manera más eficiente los riesgos y oportunidades de carácter no financiero y así contribuir con el crecimiento del empleo y la economía. Una de las novedades de esta directiva consiste en que en los informes de gestión de las empresas de un cierto tamaño se exige información sobre las políticas de diversidad y datos específicos en relación con su personal, incluido el personal directivo. Así, no se trata solo de pedir indicadores, sino que se requiere la explicación de las políticas aplicadas en relación con la cuestión y las medidas adoptadas, por lo que las empresas a las que les sea de aplicación deben hacer un análisis de los aspectos sociales (Miller, 2016).

La Directiva de Reporting fijaba un plazo de dos años para incorporarse al derecho nacional de cada estado miembro. En España actualmente es de aplicación Ley 11/2018, en materia de información no financiera y diversidad. Pero inicialmente se aprobó el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, y la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. La modificación introducida era de aplicación a los ejercicios económicos iniciados a partir del 1 de enero de 2017. De ahí que, para el análisis de la información divulgada por las empresas, hayamos seleccionado el primer ejercicio de entrada en vigor y el inmediatamente anterior, a fin de poder comparar los cambios producidos tras la implantación de la Directiva. En cuanto a los temas sociales y relativos al personal que se deben difundir, la información hará referencia, entre otros, a las medidas adoptadas para asegurar la igualdad de género y condiciones de trabajo (Alba, 2017). En concreto, lograr una igualdad de género efectiva es el número cinco de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas que se aprobaron en 2015, objetivo que debe promoverse también en el ámbito empresarial y cuya divulgación no se ha investigado suficientemente aún (Saitua, 2017).

Con estos antecedentes, este artículo es el primero que partiendo del marco teórico y normativo relativo a la divulgación de información no financiera sobre conciliación laboral, analiza la información de cuatro empresas que pueden considerarse especialmente sensibles en este tema (dos por ser reconocidas con el premio *Euskadi Familia*, y otras dos, como *Top Employers*) para los ejercicios 2016 y 2017. El objetivo principal consiste en valorar la cantidad y el nivel de calidad que proporcionan en el primer ejercicio de aplicación de la incorporación de la directiva europea a la normativa mercantil española, así como realizar una selección de las que se puedan considerar como buenas prácticas de divulgación, a fin de que puedan servir de ejemplo para otras empresas. Tras esta introducción, el apartado dos revisa brevemente la literatura académica y normativa sobre el tema, y el tercer apartado muestra la metodología empleada junto con los resultados obtenidos. El apartado cuarto se dedica a las conclusiones y reflexiones finales.

2. Marco teórico-normativo relativo a las políticas de conciliación laboral y su divulgación como parte de la RSC

2.1. Las políticas de conciliación laboral como parte de la Responsabilidad Social

Friedan (1983) denominó «doble jornada» a la realización de un trabajo remunerado y otro de tareas domésticas, fenómeno que tradicionalmente ha afectado más a las mujeres debido a la ausencia de los hombres en las tareas domésticas y de cuidado. Esto se puede constatar aún hoy en día pues más del 90% de las excedencias que se solicitan para el cuidado corresponden a mujeres (Rodríguez, 2018). Pero el concepto de corresponsabilidad familiar —que supone la articulación de tareas «productivas» y «reproductivas» desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres— es un elemento clave para el desarrollo social de los países (Gómez y Jiménez, 2015). Últimamente, desde el mundo empresarial ha surgido incluso el movimiento *Baby Friendly Companies* para distinguir a las empresas que cuidan y apoyan a los empleados que deciden tener familia (RRHHDigital, 2019).

En todo caso, este debate de la conciliación forma parte de un tema más amplio sobre la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), como herramienta que sirva para amortiguar el impacto negativo de la actividad de las empresas sobre los derechos sociales, laborales, el medioambiente y, en definitiva, sobre los Derechos Humanos. Las empresas están obligadas a respetar y aplicar la legislación laboral vigente en cada momento, pero también están capacitadas para ampliar y mejorar las condiciones establecidas. En este sentido, se puede con-

siderar la conciliación como parte de las acciones de la Responsabilidad Social Corporativa. Las empresas pueden impulsarla por diversos motivos, pero el primordial debería ser ofrecer mejores condiciones laborales a sus empleados/as (Aranzadi, 1976; Arderiu, 1980). La esencia de la Responsabilidad consiste en la existencia de libertad y de voluntariedad, toda vez que somos responsables porque somos libres y actuamos por propia voluntad (Aranguren, 1979).

Los antecedentes de la Responsabilidad social se remontan al siglo XIX, en el marco del cooperativismo y el asociacionismo, que buscaban unir eficacia empresarial con los principios sociales de democracia, apoyo a la comunidad y justicia distributiva. Actualmente, sus máximos exponentes son las empresas de economía social, por definición empresas socialmente responsables, que implica que actúen conciliando los intereses del negocio con las expectativas que tiene la sociedad (Perdiguero, 2003; Rodríguez y Abreu, 2009). Y entendemos la responsabilidad social corporativa (RSC) como el conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, nacionales e internacionales, con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que la actividad y operaciones de las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos humanos (De la Cuesta y Valor, 2003). Por tanto, la RSC afecta a la gestión de las organizaciones, tanto en sus actividades productivas y comerciales, como en las relaciones con sus grupos de interés, que puede mejorar mediante el nuevo estilo de relaciones «ner» (Álvarez y Apellaniz, 2017).

Los cinco principios generales que rigen la RSC son (ORSC, 2016):

- El cumplimiento de la legislación nacional vigente en cada momento.
- Su carácter global y transversal.
- Compromisos éticos y coherentes para quienes lo contraen.
- Gestión de impactos sobre la sociedad, economía y medio ambiente.
- Se dirige a la satisfacción de las expectativas y necesidades de a quién va dirigida.

Además, existen diversas iniciativas nacionales e internacionales que impulsan y/o regulan la responsabilidad social (cuadro 1).

En la actualidad, el desempeño de un trabajo, independientemente de la profesión de que se trate, se ve influenciado por la globalización de la economía, las nuevas tecnologías, y las innovaciones en las relaciones y organizaciones sociales, que están haciendo que las formas de trabajar cambien. Ello aumenta la importancia la conciliación, ya no solo como una cuestión de género, que puede tener impacto en los resultados de las empresas (Díaz, 2007), sino en el sentido de que haya mayor flexibilidad en el ámbito de las relaciones laborales. No se trata de que solo el/la trabajador/a debe adaptarse a la filosofía de la empresa, sino que la organización también debe adaptarse a las necesidades de sus miembros.

Cuadro 1
Normativa y recomendaciones para la Responsabilidad Social corporativa

Internacional
<ul style="list-style-type: none"> — Declaración tripartita de la OIT (2006). — <i>Global Compact</i> o Pacto Mundial de Naciones Unidas. — <i>Global Reporting Initiative</i> (GRI) (Iniciativa para la Rendición de Cuentas Global). — Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. — <i>World Business Council for sustainable Development</i> (WBCSD).
Europea
<ul style="list-style-type: none"> — Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad social de las empresas» (UE, 2001). — Norma ISO 26000:2010. — Directiva 2014/95/UE.
Española
<ul style="list-style-type: none"> — Libro Blanco de la RSE (2006). — La RSE. Diálogo Social. — Sistema de Gestión Ética y Socialmente Responsable SGE 21:2005. — Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. — Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. — Estrategia Española de Responsabilidad de las Empresas 2014/2020 (MESS, 2014). — Plan de Acción Nacional de empresas y derechos humanos del 2017 (Gobierno de España, 2017). — Ley 11/2018 que transpone la Directiva europea de información no financiera UE/2014/95.

Fuente: elaboración propia.

El término conciliación, con el significado que se le da en el ámbito laboral, aparece por primera vez en 1974 (Stratigaki, 2004 en Alcañiz, 2015) en el articulado del *Community Social Action Programme*: «para asegurarse de que las responsabilidades familiares de todos los interesados puedan conciliarse con sus aspiraciones laborales». Actualmente, conciliar la vida laboral y la vida familiar se entenderá como «la participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, conseguida a través de la reestructuración y reorganización de los sistemas, laboral, educativo y de recursos sociales, con el fin de introducir la igualdad de oportunidades en el empleo, variar los roles y estereotipos tradicionales, y cubrir las necesidades de atención y cuidado a

personas dependientes» (Programa Óptima, s.f; Departamento de empleo y políticas sociales, s.f.).

Y relacionados con la implantación de políticas de conciliación y de otras prácticas socialmente responsables, se podrán utilizar algunos de estos instrumentos (Fabregat, 2009; Fernández, 2010; Ruiz, 2015; Leiva y Comelin, 2015; y Castro y Álvarez, s.f.), que serán parte de la organización interna de cada empresa y tendrán una integración total: Código de ética y conducta; Código de buenas prácticas laborales; Planes de igualdad; Informes de responsabilidad o memorias de sostenibilidad, etc. Incluso se deberá atender a la perspectiva de género en el lenguaje ya que no es sexista la lengua, sino su uso (Grijelmo, 2018).

En todo caso, implantar políticas de conciliación trae diversos beneficios (cuadro 2), ya sea para quien las disfruta como para quien las implanta (Izquierdo, 2017).

Cuadro 2
Posibles beneficios de la implantación de la conciliación de la vida laboral,
personal y familiar

Calidad en la gestión de los recursos humanos	Mejora del clima laboral. Mejora del estado de ánimo de los/as trabajadores/as. Menor estrés y conflictos laborales. Mayor satisfacción laboral.
Ahorro económico	Disminución de los costes de reclutamiento y plantilla. Estabilidad de la plantilla = Menos gastos de contratación y formación.
Aumento de la productividad y competitividad	Mayor compromiso del trabajador/a. Mayor rendimiento. Adquisición de los objetivos de la empresa. Aumento de la Capacidad productiva. Incremento del Rendimiento. Menor Absentismo (optimización de los horarios).
Mejora de la imagen de la empresa	Más retención de talento. Mayor número de personas candidatas. Ventaja competitiva.

Fuente: elaboración propia basado en Izquierdo (2017).

Debido a la dificultad que sufre el seno de la unidad familiar para que se produzca la integración plena en el mercado de trabajo, las diferentes instituciones se han visto obligadas a adoptar medidas precisas para garantizar la compatibilidad del trabajo y la familia (Rodríguez, 2008). En el marco de la Unión Europea, las políticas activas de empleo buscan contribuir a la inclusión de la conciliación de la vida laboral y familiar, relacionada con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Así, se ha producido la incorporación expresa de esta temática en el cuarto pilar de las directrices comunitarias en materia de empleo, que ha facilitado su inclusión en la agenda de la negociación colectiva de los países miembros, incluida España (Martin y Carrasquer, 2005). Sin embargo, las políticas públicas para la conciliación familia-trabajo se tornan insuficientes si se entiende que tal conciliación debe resolverse centrada en facilitar las tareas a las mujeres, desplazando la corresponsabilidad (Leiva y Comelin, 2015).

Las políticas familiarmente responsables habitualmente son llamadas «medidas o políticas de conciliación» y se pueden definir como aquellas prácticas empresariales formales que ayudan a las personas empleadas a equilibrar la relación entre su trabajo y la vida familiar. Estas no son un conjunto homogéneo de actuaciones, pero tienen en común que pretenden conciliar la esfera productiva y el ámbito de la vida privada, particularmente el aspecto familiar, mediante actuaciones empresariales que van más allá de las legalmente establecidas por las normas (EOI, 2006). Todo esto juega un papel muy importante, ya que una vez las empresas conocen los problemas de sus empleados/as, a través de los diferentes instrumentos y métodos mencionados puedan darles una solución. Los diferentes instrumentos disponibles para hacer frente a la cuestión de la conciliación laboral, pueden constituir una estrategia empresarial que ayuda a una mejor gestión de los recursos humanos y del entorno social de la empresa mediante la mejora de la relación con sus empleados/as.

2.2. Iniciativas públicas para la promoción y regulación de la conciliación laboral

Desde 1919 que se comenzó con la regulación internacional para la protección de la mujer embarazada, hasta el día de hoy, ha habido numerosas normativas (cuadro 3) que han intentado dar solución al problema de la conciliación laboral (Orellana, 2002; Molina, 2004).

La Ley 39/1999 introdujo el concepto moderno de conciliación entre la vida familiar y laboral en el ordenamiento jurídico español (Menéndez, 2018). Ciertamente es que el derecho del trabajo ya había tratado este tema, pero desde la perspectiva de la protección de la mujer embarazada, sin tener en cuenta el enfoque del género (Rodríguez, 2008).

Cuadro 3
Marco normativo de la conciliación laboral, personal y familiar

Europeo
<ul style="list-style-type: none"> — Convenio OIT n.º103 de 1952. — Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. — Convenio OIT n.º 156 de 1981. — Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 19 de diciembre 1989. — Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea, de 7 de diciembre de 2000.
Español
<ul style="list-style-type: none"> — Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. — Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. — Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. — Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores. — Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
Autonómico (País Vasco)
<ul style="list-style-type: none"> — Ley 13/2008 de 12 de diciembre, de apoyo a las Familias. — Decreto 177/2010 de 29 de junio, sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral. — Decreto 31/2015 de 17 de marzo, de modificación del Decreto sobre ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral.

Fuente: elaboración propia.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, también llamada Ley de Igualdad, en el artículo 1 establece que «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria».

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, se inspira en parte en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a partir de la cual se trata de evitar que los

mecanismos jurídicos de conciliación de la vida laboral y familiar repercutan negativamente en sus titulares, que son tradicionalmente, las mujeres (Rodríguez, 2008). Por último, el Real Decreto Legislativo 8/2015 dispone de varios capítulos dedicados a la protección de la familia, estableciendo diversas prestaciones y situaciones protegidas que son de aplicación a todos los/as trabajadores/as.

Si bien existen diversas medidas públicas para hacer frente a la conciliación, tomaremos como referencia la *Guía de ayudas sociales y servicios para las Familias* (MSCBS, 2018), que publica anualmente el Ministerio de Sanidad, Seguridad Social e Igualdad. Y mencionamos las prestaciones de carácter retributivo que generan las personas trabajadoras (capítulos VI, VII, VIII, IX y X de la LGSS):

- i. Maternidad (arts. 177-182 LGSS) (art. 48.4, 5,6 ET).
- ii. Paternidad (arts. 183-185) (48.7 ET).
- iii. Riesgo durante el embarazo (arts. 188-189 LGSS).
- iv. Riesgo durante la lactancia (arts. 188-189 LGSS).
- v. Cuidado de menores con enfermedades graves (190 LGSS) (37.6 ET).
- vi. Reducción de jornada (37.4, 5, 6,7 y 8 ET).
- vii. Excedencias (art. 46 ET).

Además de éstas de carácter público, también existe una serie de medidas que pueden adoptar las empresas para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal que, si bien no son de obligatorio cumplimiento, se deberían tener en cuenta para el mejor funcionamiento de las entidades (García, 2017).

- a) Mejorar los términos establecidos en la normativa. Por ejemplo, pueden ampliar los permisos legales retribuidos.
- b) Horarios flexibles de entrada y salida. Cómo distribuir la jornada, posibilidad de ajustar los horarios, facilitar el teletrabajo, etc.
- c) Posibilidad de compatibilizar las vacaciones, dando la opción de que los/as progenitores pasen más tiempo con sus hijos/as y no tengan que recurrir a otros/as familiares para que se hagan cargo de los/as menores.
- d) Servicios de guardería.
- e) Comedores: con el fin de reducir el tiempo de traslado, además del tiempo de comida, para poder salir antes del trabajo y favorecer así la conciliación.
- f) Gimnasio. Solo un 7% de las empresas tienen convenio con centros deportivos para que así sus trabajadores dispongan de descuentos, según una encuesta realizada por el instituto andaluz de deporte (García, 2018). El estudio de Musich, Hook, Baaner y Edington (2006) concluía que promover la buena salud en el ámbito laboral disminuye el absentismo de las personas trabajadoras y minimiza la pérdida de productividad (García, 2017).

- g) Cultura empresarial. Se trata de medidas que se asientan en las políticas de recursos humanos de las empresas, es decir, de regulación interna.

En todo caso, a modo de reconocimiento externo, el certificado EFR (Empresas Familiarmente Responsables), promovido por la Fundación *Másfamilia* y apoyado por el Ministerio de Sanidad y Política Social, reconoce a aquellas organizaciones que se implican en la generación de una nueva cultura del trabajo, incorporando un sistema integral de gestión, que permita una eficaz armonía entre la esfera laboral y la familiar y personal, basada en la flexibilidad, el respeto y el compromiso mutuos.

2.3. Divulgación de información no financiera

Una vez que las empresas llevan a cabo políticas sociales, pueden divulgar sobre ello. Esto puede ocurrir de forma obligatoria, en aplicación primero del RDL 18/2017 y, posteriormente de la Ley 11/2018, para las sociedades de capital que concurran los siguientes requisitos: a) que el número medio de personas trabajadoras empleadas durante el ejercicio sea superior a 500 (este límite se reducirá a 250 a partir de 2021, obligando así a una mayor cantidad de empresas); y b) que o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: 1) que el total de las partidas del activo sea superior a 20 millones de euros; 2) que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40 millones de euros; y 3) que el número medio de personas trabajadoras empleadas durante el ejercicio superior a 250.

En lo que se refiere a contenidos, la Ley 11/2008 obliga a informar sobre las políticas aplicadas por la empresa y los resultados obtenidos como consecuencia de dichas políticas, en cuestiones relativas a organización del trabajo, salud laboral, diversidad de género, compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), etc.

Y en cuanto a cómo debe informarse, esta modificación del artículo 49 del Código de Comercio aclara que los indicadores clave de resultados no financieros que se divulguen, deberán ser adecuados a las actividades de la empresa, de acuerdo con parámetros de gestión y evaluación. Así, es la empresa quien decide sobre qué aspectos concretos informará, mediante qué indicadores, etc., de modo que no está garantizada la comparabilidad en el tiempo ni entre empresas, poniéndose en cuestión la utilidad de la información divulgada debido a la falta de comparabilidad porque existen muchas guías y aún es necesario avanzar en normalización y supervisión (IFAC, 2020).

En todo caso, según la Ley 11/2008, los indicadores divulgados deben cumplir con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad, de forma que la información debe ser precisa, comparable y verificable.

En este sentido, en España, el modelo o guía más utilizado para la elaboración de dicha información es el recomendado por la Global Reporting Initiative (GRI) (Ibercampus, 2017; García *et al.*, 2020), organización que en los últimos años está emitiendo recomendaciones para incorporar la información específica sobre los ODS en la información divulgada por las empresas (GRI 2018, 2020).

Por último, también puede informarse de forma voluntaria aun cuando no se cumplan los límites de tamaño marcados por la ley (AECA, 2016), sabiendo además que, si bien la Ley 11/2018 se introdujo para las cuentas anuales del ejercicio 2018 y posteriores, a partir del ejercicio 2021 abarcará a un mayor número de empresas que deberán ir preparándose para cuando les resulte obligatorio.

3. Análisis de las prácticas de divulgación sobre conciliación laboral, personal y familiar y selección de las mejores prácticas

3.1. Metodología

Una vez revisados los principales conceptos teóricos y normativos, podemos señalar la importancia de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar tanto para las personas trabajadoras como para las propias entidades, y cómo se ha convertido en un factor importante dentro de la responsabilidad corporativa que puede ser divulgada por las empresas. En este sentido, la información divulgada por las empresas puede considerarse como una señal si refleja información sobre características no observables de las empresas y de su actividad, pero no sólo la información en sí misma puede tener ese carácter, sino también la forma de darla, los cambios, o incluso la ausencia de información (Giner, 1995). Además, el impacto de las nuevas regulaciones que puedan ponerse en marcha quedará parcialmente mitigado por su tradicional tendencia al bajo nivel de divulgación (Giner, 1995).

Así, el objetivo principal de esta parte del trabajo es conocer las prácticas de gestión que se llevan a cabo en las empresas y qué información divulgan sobre todo ello. Además, se pretende identificar los cambios producidos por la aplicación del RDL 18/2017, de 24 de noviembre, en materia de información no financiera y diversidad, y cómo ha influido en la información disponible. El segundo objetivo consiste en seleccionar las que se puedan considerar como mejores prácticas de divulgación sobre el tema analizado para que puedan servir de guía a otras empresas. Para llevar a cabo este trabajo, nos hemos basado en la metodología utilizada por la literatura anterior (Giner, 1995; Aranguren y Ochoa, 2008; García, Prado y Frías, 2013; Saitua *et al.*, 2014a, 2014b, 2015).

En nuestro caso, la información analizada se considera obligatoria en la medida en que las empresas están obligadas a presentar el Estado de Información

No Financiera debido a que cumplen con los criterios de tamaño establecidos en la Ley. Y además, el tema sobre Conciliación laboral analizado es uno de los aspectos que cita expresamente la ley, por lo que se puede considerar contenido obligatorio. Sin embargo, en la medida en que la profundidad o nivel de desarrollo de dicha información, así como los indicadores que pudiera eventualmente divulgar cada empresa quedan a discreción de cada entidad, podemos decir que el análisis de las diferentes prácticas de divulgación dará como resultado la evidencia de los distintos niveles de compromiso voluntario para con los criterios de relevancia, fiabilidad y comparabilidad requeridos por la ley.

La selección de las empresas para el análisis de casos, se realizó tomando como referencia, por un lado, dos empresas vascas que habían ganado el Premio Familia Euskadi 2016/2017, de diferentes sectores de actividad: Iberdrola de suministro de energía eléctrica, y Euskaltel de información y comunicaciones. Por otro lado, se buscó información disponible sobre empresas incluidas en el *Top Employers* España (Compromiso Empresarial, 2018). En este caso se han seleccionado Banco Santander y Bankinter, que pertenecen ambas al sector financiero. A fin de determinar el periodo de tiempo se ha partido del ejercicio 2016 y se comparará con el 2017, basándonos en la transposición de la Directiva 2014/95/CE de Información no financiera, que una vez puesta en vigor en España se empezaría a aplicar a los ejercicios económicos iniciados a partir del 1 de enero del 2017. Esto permitirá observar si se han producido cambios en el contenido de la información analizada. Para la recogida y análisis de los datos obtenidos, se han analizado los informes anuales de cada empresa en los respectivos años. En concreto, el Informe de Gestión consolidado, lo que nos llevará a obtener un total de ocho observaciones empresa/año.

La técnica utilizada ha sido el análisis del contenido informativo, en el que se toma como unidad un componente de comunicación identificable a través del que se miden las variables representativas de las prácticas divulgativas, técnica apropiada, en particular, cuando el lenguaje del sujeto es crucial para la investigación (Holsti, 1969). Este proceso requiere la definición de ítems homogéneos de datos y agrupación en los mismos de la información de las memorias publicadas por las empresas (García, Prado y Frías, 2013). Una vez establecidos los ítems, se establece la medición del nivel de información divulgada para cada uno de ellos. Una posibilidad consiste en utilizar programas informáticos avanzados que extraen información de los informes analizados (Gamerschlag *et al.*, 2011) pero la codificación manual puede resultar más adecuada en algunos casos (Guillamón, 2011), debido a la mayor capacidad de la persona que realiza la codificación manual para comprender y valorar el contexto o significado específico de cada texto.

Dependiendo de la unidad de análisis elegida, hay diversas formas de aplicar el análisis de contenido, por ejemplo, contando palabras, frases o sec-

ciones, o bien leyendo todo el texto (Neuendorf, 2002). El debate sobre cuál debería ser la unidad de análisis a utilizar en el análisis de contenido se centra en cuál es el medio más efectivo para inferir la intención de divulgar a partir de datos volumétricos (Gray *et al.*, 1995; Milne y Adler, 1999; Beattie *et al.*, 2004; Campbell, 2004; Ax y Marton, 2008). La ventaja de utilizar las palabras como unidad se centraría en que el codificador no necesita aplicar juicios subjetivos, de modo que resulta un método fiable en el sentido de que se obtienen los mismos resultados en repetidas ocasiones, resultando fácilmente replicable (Gamerschlag *et al.*, 2011). Para nuestro estudio, medimos el número de párrafos y de tablas que incluyen determinadas palabras, lo que nos permitirá obtener un ranking de las empresas que más información divulgan al respecto.

Para realizar la selección de la información dentro del Informe de Gestión, se ha filtrado a través de los términos *Conciliación, Familia, Mujer, Maternidad, Paternidad, Permisos y Flexibilidad*. Aquí tomamos como referencia dos unidades para poder observar cuál de las cuatro empresas las menciona más: el número de veces que aparece la palabra conciliación y el número de veces que aparece la palabra maternidad y/o paternidad. Por otro lado, los diferentes temas que se han utilizado para realizar el análisis de contenido están basados en las cuestiones desarrolladas a lo largo del marco teórico-normativo: 1) Datos sobre la plantilla, 2) Políticas de igualdad, 3) Políticas de conciliación, 4) Planes de actuación, 5) Comité de conciliación, 6) Existencia de manuales específicos de conciliación, 7) Datos sobre permisos 8) Datos sobre absentismo, 9) Posibilidad de horarios flexibles, 10) Compatibilización de vacaciones, 11) Disponibilidad de guardería, 12) Comedores en los centros de trabajo. 13) Disponibilidad de gimnasios, 14) Teletrabajo.

Si miramos a la naturaleza de las informaciones, Beretta *et al.* (2007) distinguen divulgaciones *soft* (cualitativas/no verificables) y *hard* (cuantitativas/verificables), encontrando que la información *hard* es más efectiva, tanto en la mejora (acierto) de los pronósticos, como reduciendo la dispersión de los pronósticos de analistas de inversión. Así, para medir la información recogida en los Informes de Gestión, al estilo de Aranguren y Ochoa (2008), se ha optado por codificar la información mediante estos tres valores: 0 No divulga información, 1 Información meramente cualitativa, y 2 Información cualitativa y cuantitativa.

Finalmente, basándonos en la literatura anterior sobre la escasa divulgación informativa de las empresas españolas y el limitado alcance de las nuevas normativas (Giner, 1995), podemos establecer las siguientes preguntas de investigación. En primer lugar, debido a que la información no financiera que las empresas están obligadas a difundir en relación con temas sociales y personal puede ser de diversa índole, planteamos *PI*: *¿La cantidad y calidad de información divul-*

gada sobre conciliación en el Informe de Gestión en general es escasa? Por otro lado, como hemos dicho, la trasposición de la Directiva 2014/95/CE de Información no financiera mediante el Real Decreto-ley 18/2017 es aplicable para los ejercicios económicos iniciados a partir del 1 de enero de 2017 de modo que *P2: ¿La cantidad de información sobre conciliación en el Informe de Gestión aumenta de 2016 a 2017?* Por último, debido a que los Premios Familia son concedidos atendiendo a diversos factores y que entre ellos podemos encontrar la «Conciliación familia-trabajo», *P3: ¿La cantidad divulgada por las empresas ganadoras del Premio Familia Euskadi es mayor que la del resto?*

3.2. Resultados del análisis

Si bien la metodología principal del estudio es cualitativa, para poder realizar comparaciones entre las empresas objeto de análisis, a continuación se extraen algunos datos cuantitativos que se han venido utilizando en la literatura académica sobre divulgación como indicativos de la calidad de la información divulgada.

a) *Análisis cuantitativo del número de párrafos, tablas y palabras*

Los resultados muestran que Iberdrola y Euskaltel superan ampliamente a las demás empresas en el número párrafos y tablas.

Tabla 1
Ranking de empresas en función del número de párrafos y tablas sobre conciliación en 2017

	Iberdrola			Euskaltel			Bankinter			Santander		
	2016	2017	Var %	2016	2017	Var%	2016	2017	Var%	2016	2017	Var%
N.º de párrafos	2	11	450%	4	6	50%	1	4	300%	3	1	-67%
N.º de tablas	0	1	100%	0	1	100%	0	0	0%	0	0	0%

Fuente: elaboración propia.

Además, resultan ser las que han ganado el Premio Familia Euskadi, lo que confirmaría la pregunta de investigación *P3* por la que suponíamos que debido a esta circunstancia encontraríamos un mayor volumen de información divulgada.

En cuanto al número de ocasiones en las que se citan los términos de conciliación o de maternidad/paternidad, si tomamos el total de observaciones, las empresas ocupan el mismo lugar en el ranking (tabla 2), si bien las variaciones no han ido en la misma proporción para cada empresa.

Tabla 2
Número de veces que aparece el término analizado por empresa y año

	Iberdrola			Euskaltel			Bankinter			Santander		
	2016	2017	Var%									
Conciliación	2	19	850%	2	3	50%	1	2	100%	2	1	-50%
Mater/pater	0	12	100%	0	1	100%	0	0	0%	0	0	0%
TOTAL de observaciones	33			6			3			3		
Variación media	475%			75%			50%			-25%		

Fuente: elaboración propia.

El aumento más significativo se produce en Iberdrola, siendo ésta la que más observaciones presenta en total (33), mientras que Euskaltel y Bankinter muestran un aumento muy ligero pues se trata de pocas observaciones. Por el contrario, Santander es la única empresa que presenta una variación negativa.

b) *Análisis de contenido temático*

En 2016, las empresas que más información difunden son Euskaltel y Santander (puntuación total = 7). En cambio, en 2017 son Iberdrola (12) y Euskaltel (10). Así, la empresa que más información comunica en 2017 es Iberdrola, que aporta información sobre medidas, algunas de ellas bastante innovadoras y además proporciona datos cuantitativos. Iberdrola también es la única empresa que revela disponer de un «Manual específico para la Conciliación». Esta información se encuentra en el Informe de Gestión de 2017 donde explica que ofrece diversas medidas a sus empleados/as, como pueden ser la adaptación de sus jornadas a los días no lectivos, además de implantar cursos de formación para niños/as, escuela de padres/madres Iberdrola, y campamentos de verano para hijos/as de empleados/as.

El Banco Santander es la única empresa en la que se ha producido una evolución negativa, reduciendo de forma significativa la información disponible del año 2016 al 2017. En todo caso, en general, las empresas han evolucionado positivamente en el número de temas que tratan de un año a otro. La mayoría de los temas que se han tratado en el informe de gestión del 2016 se han mantenido en el 2017, incrementándose algunos más este último año.

Entre los temas más mencionados, destacamos los datos sobre la plantilla (puntuación total = 16), las políticas de conciliación (8), los planes de actuación (8) y las políticas de igualdad (8), que son los temas que las cuatro empresas más han mencionado en sus informes de gestión cuando trataban la temática de la conciliación. Pero la mayoría de estos temas tiene solamente datos cualita-

tivos, a excepción de los datos de la plantilla, sobre los permisos y sobre los absentismos, en los que las informaciones disponibles son tanto cualitativas como cuantitativas.

Tabla 3
Ranking de temas citados en relación con la conciliación laboral

Temas	Iberdrola			Euskaltel			Santander			Bankinter			TOTAL
	2016	2017	Var	2016	2017	Var	2016	2017	Var	2016	2017	Var	
Datos sobre la plantilla	2	2	0	2	2	0	2	2	0	2	2	0	16
Políticas de conciliación	1	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	0	8
Planes de actuación	1	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	0	8
Políticas de igualdad	1	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	0	8
Horarios flexibles	1	1	0	1	1	0	1	0	-1	0	0	0	5
Datos sobre los permisos	0	2	2	0	2	2	0	0	0	0	0	0	4
Guarderías	0	1	1	0	0	0	1	0	-1	0	1	1	3
Datos sobre el absentismo	0	0	0	0	2	2	0	0	0	0	0	0	2
Vacaciones	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	1	1	2
Gimnasios	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	1	1	2
Manuales de conciliación	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Teletrabajo	0	0	0	1	0	-1	0	0	0	0	0	0	1
Comité de conciliación	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Comedores	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	6	12	6	7	10	3	7	5	-2	5	8	3	60
%	100	200	+100	100	142,8	+42,8	100	71,4	-28,6	100	160	+60	

Fuente: elaboración propia.

Una vez que verificamos que muchos temas y medidas de gran importancia no son mencionados, y que además los citados se tratan solo de forma cualitativa, y en muchos de los casos sin llegar a ser desarrollados, podemos responder afirmativamente a la *pregunta P1*, ya que en general la información no financiera divulgada aún es escasa en cantidad y en calidad. En todo caso, el mayor número de observaciones obtenidas es del año 2017. Es decir, que la información no financiera divulgada ha aumentado de un año a otro, lo que responde afirmativamente a la *pregunta P2*, en el sentido de que se ha producido un aumento de la información no financiera divulgada por la mayoría de las empresas analizadas, lo que corroboraría el efecto positivo que ha producido la aprobación de la RDL 18/2017.

En cuanto a las empresas seleccionadas como posibles líderes en este tema, las incluidas en el Premio Euskadi Familia (Iberdrola y Euskaltel) destacan por

comunicar mucha más información sobre la conciliación y de mayor calidad. Las dos empresas incluyen la conciliación de la vida laboral, personal y familiar como uno de sus valores y parte de su misión. En cambio, las empresas incluidas en el *Top Employers* España, presentan escasa información. Además, Bankinter tiene una evolución positiva difundiendo más información de un año a otro, pero la evolución de Santander es negativa. Por consiguiente, podemos responder positivamente a la pregunta P3, donde planteábamos si la cantidad de información divulgada por las empresas de la primera categoría sería más abundante y de mejor calidad que las de la segunda.

c) *Selección de informaciones a destacar obtenidas en los informes de gestión*

De la información recogida a lo largo del análisis, destacamos algunos ejemplos de divulgación relativos a las políticas que disponen las organizaciones para mejorar y fomentar la conciliación laboral y personal, así como relativos a las medidas concretas que aplican en las diferentes áreas que hemos identificado en el marco teórico.

- Gestión de la sostenibilidad, los **PRINCIPIOS** que rigen esta política son: la gestión avanzada de las personas como principal capital del banco, fomentando su bienestar y motivación a través de medidas de **conciliación, desarrollo personal y profesional**, y promoción de la salud (Bankinter, 2016, pág. 697).
- Entre las políticas que Iberdrola aplica en el ámbito de sus relaciones laborales, está la *Política de IGUALDAD de oportunidades y conciliación*, los principales objetivos en este ámbito se han concretado en: —El fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados, que incluye medidas para hacer *compatible la experiencia positiva de la maternidad y paternidad con una carrera profesional de éxito*. —El desarrollo de relaciones laborales basadas en la igualdad de oportunidades, la no discriminación y el respeto a la diversidad (Iberdrola, 2017, pág. 1140).
- Banco Santander, en la **ENCUESTA** de compromiso los temas de flexibilidad y conciliación son los que más han evolucionado desde 2014: el 78% de los empleados afirman que su jefe les facilita el equilibrio entre la vida laboral y profesional (50% en 2014) (Banco Santander, 2016, pág. 393).
- En el año 2016 «en Euskaltel ... hemos trabajado en nuevas iniciativas englobadas dentro del *Plan de Conciliación*. Escuchamos a las personas y damos solución a los problemas individuales que cada una de ellas nos presenta: *cambio de HORARIOS por necesidades puntuales, teletrabajo durante el periodo de enfermedad de un familiar directo, traslado temporal al centro de trabajo más próximo al domicilio familiar en los meses de verano, etc.*» (Euskaltel, 2016, pág. 66).

- **Familias Inteligentes:** Euskaltel ha desarrollado un proyecto junto a la ONG AFAE (Acción familiar de Euskadi) en **materia de conciliación**, prevención de riesgos psicosociales y promoción de la salud, que incluye tres seminarios de **FORMACIÓN familiar para** la capacitación de las personas que constituyen sus equipos de trabajo, en la búsqueda de un desarrollo óptimo de su vida personal, familiar y laboral (Euskaltel, 2017, pág. 232).
- La creación de un lactario en el Centro Corporativo de Boadilla del Monte, como refuerzo de nuestra *Política de Protección a la MATERNIDAD* y como una medida más de flexibilidad que permite un mejor equilibrio entre la vida profesional y laboral, favoreciendo **la lactancia materna** tras la incorporación al trabajo. Aunque ya teníamos salas de lactancia en otros países, en España Banco Santander se convierte en la primera empresa en poner este servicio a disposición de sus trabajadoras (Banco Santander, 2016, pág. 395).
- En España, Iberdrola ha sido la primera empresa del Ibex 35 en aplicar **la jornada continuada**, una medida pionera, entre el conjunto de más de las **70 prácticas** recogidas en el *Manual de políticas de conciliación de la empresa*, entre las que también destaca: *Servicio de GUARDERÍA como medida para favorecer la conciliación* (Iberdrola, 2017, pág. 1141/1001).
- Bankinter tiene en marcha una serie de iniciativas para potenciar el bienestar de sus empleados tanto en su dimensión profesional como personal, como la Semana de la Salud, que incluye tanto cursos de ergonomía o nutrición como consejos para optimizar el **EJERCICIO físico**, y la **Escuela de Verano**, donde se imparten disciplinas formativas y lúdicas orientadas a promover la salud y el bienestar (Bankinter, 2017, pág. 770).

d) *Discusión de los resultados*

Se puede observar que las empresas analizadas sí divulgan información sobre la conciliación laboral, personal y familiar en sus informes, lo que muestra que es un tema que preocupa o que, al menos, se tiene en cuenta a la hora de realizar la gestión empresarial. Pero en el presente trabajo se ha puesto en manifiesto que, a pesar de que se haya producido un aumento después de la puesta en vigor de la Directiva 2014/95, una vez que la nueva normativa obliga a las empresas a difundir información no financiera, ésta sigue siendo escasa sobre el tema de conciliación. Así, la gran mayoría de las organizaciones solo cita algunos términos, sin llegar a desarrollar y explicar en profundidad las diferentes medidas que desarrollan dentro de las organizaciones y que son aplicables al personal.

Entendemos que algunas claves que servirían para mejorar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar podrían ser un mayor compromiso con la igualdad entre mujeres y hombres, y con la conciliación de la vida laboral, fa-

miliar y personal; conocer las verdaderas necesidades de las/los trabajadores/es en materia de conciliación para dar mejores soluciones a sus problemas estableciendo unas medidas adecuadas; disponer de un departamento específico para este tema; promover una cultura de responsabilidad social de éxito y que contribuya al mismo tiempo al bienestar de la sociedad; jornadas informativas para un mayor conocimiento de los recursos y medidas disponibles, y finalmente hacer públicos sus valores, desempeño, seguimiento y evolución tras la implantación de las medidas de conciliación.

Por otra parte, según nuestros resultados, los datos revelados en general son meramente cualitativos pues los datos cuantitativos son escasos y, en algunos casos, inexistentes. En conclusión, los resultados obtenidos muestran que la información divulgada por las empresas no es suficiente para conocer con exactitud las diferentes prácticas de conciliación laboral que llevan a cabo, ya que informan de la existencia de políticas, pero no describen cómo las implementan, ni qué consecuencias y resultados obtienen con ellas. Así, concluimos que la información divulgada por las empresas analizadas sobre conciliación laboral y personal es aún mejorable.

4. Conclusiones y reflexiones finales

En la sociedad se sigue dando desigualdad de género en el cuidado doméstico y ello provoca consecuencias, como la brecha salarial, entre otras, pero la conciliación no es un tema que afecte únicamente a la mujer, sino a toda la sociedad en su conjunto, pues todos/as los/las trabajadores/as deben tener derecho a conciliar su vida personal y laboral. En todo caso, recientemente ha surgido la obligación para las empresas de hacerse socialmente responsables e incluso de informar sobre ello en algunos casos.

Este estudio confirma el efecto positivo de la implantación de nueva normativa sobre divulgación de información no financiera en España por parte de las empresas analizadas. Sin embargo, pone de manifiesto que aún hay margen de mejora en la cantidad y calidad de la información divulgada por las empresas. La principal limitación del trabajo consiste en que, al tratarse de un análisis de casos, no puede realizarse una extrapolación generalizada de los resultados obtenidos. Futuras investigaciones podrán analizar la divulgación de otras empresas obligadas o incluso no obligadas a divulgar información sobre conciliación de la vida laboral y personal, e incluso de otros temas, en aplicación de la Ley 11/2018. En todo caso, se muestran ejemplos en forma de buenas prácticas a considerar por otras empresas que estando obligadas por la Ley 11/2018 deban divulgar sobre este tema, o incluso, a empresas de menor tamaño que quieran hacerlo voluntariamente.

5. Bibliografía

- AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas) (2016). *Responsabilidad Social interna. Delimitación conceptual e información*. Documento n.º 10 de RSC. Madrid. Disponible en: <https://aeca.es › old › tienda> (accedido: 27-5-2020).
- ALBA, Carmen (2017). «Las grandes empresas deberán informar sobre su política de anticorrupción», *Elconfidencial*, Disponible en: https://www.elconfidencial.com/empresas/2017-09-01/consejo-de-ministros-finanzas-anteproyecto_1437104/ (accedido: 27-5-2020).
- ALCAÑIZ MOSCARDÓ, Mercedes (2015). «Género con clase: la conciliación desigualdad de la vida laboral y familiar». Revista *Española de Sociología*, núm. 23, 29-55. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/150765/66900.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (accedido: 27-5-2020).
- ALVAREZ-SAINZ, María y APELLANIZ-VALLE, Kepa Xabier (2017). «Nuevo estilo de relaciones en la Sociedad del Conocimiento. La Gestión de conflictos en las organizaciones de Ner Group en el País Vasco». *Revista Galega de Economía*, Universidad de Santiago de Compostela. Facultad de Economía y Empresa, 26(1), 31-44. Disponible en: https://ideas.repec.org/a/sdo/regaec/v26y2017i1_3.html (accedido: 27-5-2020).
- ARANGUREN, José Luis (1979). *Ético*. Ed. Alianza Universidad Textos.
- ARANGUREN GÓMEZ, Nagore y OCHOA LABURU, Elena (2008). «Divulgación de información sobre empleados y medio ambiente en España y Alemania: una nota de investigación». *Revista de contabilidad*, 11, 2, 123-142. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02102412.2016.1140393> (accedido: 27-5-2020).
- ARANZADI, Dionisio. (1976). *Cooperativismo Industrial Como Sistema, Empresa y Experiencia*. Tesis Doctoral. Universidad de Deusto. Bilbao.
- ARDERIU, Enrique (1980). «El balance social: integración de objetivos sociales en la empresa». *Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras*. Disponible en: https://racef.es/archivos/discursos/098_web.pdf (accedido: 27-5-2020).
- AX, Christian y MARTON, Jan (2008). «Human capital disclosures and management practices». *Journal of Intellectual Capital*, 9, 3, 433.
- BEATTIE, Vivien; MCINNES, Bill y FEARNLEY, Stella (2004). «A methodology for analysing and evaluating narratives in annual reports: a comprehensive descriptive profile and metrics for disclosure quality attributes», *Accounting Forum*, 28, 205-236.
- BERETTA, Sergio; BOZZOLAN, Saverio y TROMBETTA, Marco (2007). «Forward looking disclosures and analysts' forecasts: a study of cross-listed european firms». Comunicación presentada al 30 Congreso de la EAA, Lisboa.
- CAMPBELL, D. (2004). «A longitudinal and cross-sectional analysis of environmental disclosure in UK companies: a research note». *The British Accounting Review*, 36, 107-117.
- CASTRO GARCÍA, Carmen; ÁLVAREZ TARDIO, Beatriz (s.f.). «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas». Disponible en: www.singeneroddedudas.com, http://www.castello.es/web20/archivos/contenidos/61/D021_Igualdad_RSE.pdf (accedido: 27-5-2020).
- CEA, José Luis (1980). «La teoría del balance social». *Cuadernos universitarios de planificación empresarial*, 6, 355-379.
- CLARKSON, Peter M.; LI, Yue; RICHARDSON, Gordon D. y VASVARI, Florin P. (2008). «Revisiting the relation between environmental performance and environmental disclosure: An empirical analysis». *Accounting, Organizations and Society*, 33, 4 y 5, May-July, 303-327.

- COMPROMISO EMPRESARIAL (2018). «Top Employers 2018: Las mejores 94 compañías para trabajar en España.» *CE (Revista Compromiso empresarial)*. Disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2018/02/dime-donde-vives-y-te-dire-como-concillas/> (accedido: 27-5-2020).
- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta; VALOR MARTÍNEZ, Carmen (2003). «Responsabilidad social de la empresa: Concepto, medición y desarrollo en España» *Boletín económico de ICE, Información Comercial Español*, págs. 7-20, Disponible en: http://www.revistasice.info/cachepdf/BICE_2755_0719__843B2AFA16833BD45F65BF48332D2587.pdf (acceso 11/11/2019).
- DEPARTAMENTO DE EMPLEO Y POLÍTICAS SOCIALES DEL GOBIERNO VASCO (s.f.). Disponible en: <https://www.euskadi.eus/que-es-la-conciliacion-personal-familiar-y-laboral/web01-a2concil/es/> (accedido: 27-5-2020).
- DÍAZ GARCÍA, María Cristina (2007). *Influencia del género en los recursos y resultados de las pequeñas empresas*. Ed. Consejo económico y social, colección estudios núm. 203, Madrid.
- EOI (ESCUELA DE ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL) (2006). *La responsabilidad social corporativa: las políticas familiarmente responsables de las empresas en España*. Escuela de negocios Disponible en: <https://www.eoi.es/es/savia/publicaciones/19556/la-responsabilidad-social-corporativa-las-politicas-familiarmente-responsables-de-las-empresas-en-espana> (accedido: 27-5-2020).
- FABREGAT MONFORT, Gemma (2009). *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Ed. Bomaizo, Albacete. Pág. 7-33.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Ricardo (2010). *Responsabilidad Social Corporativa*. Ed. Club Universitario.
- FRIEDAN, Betty (1983). *La segunda fase*. Editorial Plaza & Janes editores, S.A.
- GAMERSCHLAG, Ramin; MÖLLER, Klaus y VERBEETEN, Frank (2011). «Determinants of voluntary CSR disclosure: empirical evidence from Germany». *Review Management Sciences*. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11846-010-0052-3> (accedido: 27-5-2020).
- GARCÍA SANCHEZ, Isabel María; PRADO LORENZO, José Manuel; FRIAS ACEITUNO, José Valeriano (2013) «Información social corporativa y sistema legal». *Revista europea de Dirección y Economía de la empresa* 22,4, 186-202, Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-europea-direccion-economia-empresa-346-articulo-informacion-social-corporativa-sistema-legal-S1019683813000358> (accedido: 27-5-2020).
- GARCÍA, Héctor (2018). «Deporte y trabajo, ¿conciliación en las empresas?» *CE (Revista Compromiso empresarial)*. Disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2018/03/deporte-y-trabajo-conciliacion-en-las-empresas/> (accedido: 27-5-2020).
- GARCÍA, Sergio L. (2017). «Las 8 medidas que te ayudarán a conciliar hijos y trabajo en 2017» *CE (Revista Compromiso empresarial)*. Disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2017/02/las-8-medidas-que-te-ayudaran-a-conciliar-hijos-y-trabajo-en-2017/> (accedido: 27-5-2020).
- GARCÍA SÁNCHEZ, Isabel María, MARTÍN ZAMORA, María Pilar y RODRÍGUEZ ARIZA, Lázaro (2020). «La obligación de ser socialmente transparente: El estado de información no financiera». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 443, febrero. Madrid.
- GARIJO, Marta (2018). «Excedencias para cuidar a familiares: el 90% las piden mujeres». *Business insider España*. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/excedencias-cuidar-familiares-90-piden-mujeres-187682> (accedido: 27-5-2020).

- GINER INCHAUSTI, Begoña (1995). *La divulgación de información financiera: una investigación empírica*. ICAC, Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid.
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2017). Plan de acción nacional de empresas y derechos humanos <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf> (accedido: 27-5-2020).
- GÓMEZ URRUTIA, Verónica y JIMÉNEZ FIGUEROA, Andrés (2015). «Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género», *Polis Revista Latinoamericana*. Disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/10784> (accedido: 27-5-2020).
- GRAY, R.; KOUHY, R. y LAVERS, S. (1995). «Methodological themes. Constructing a research database of social and environmental reporting by UK companies». *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 8, 2, 78-101.
- GRI (GLOBAL REPORTING INITIATIVE) (2018). *Integrating the SDGs into Corporate Reporting: A Practical Guide*.
- GRI (GLOBAL REPORTING INITIATIVE) (2020). *Using corporate reporting to strengthen sustainable development goals*.
- GRIJELMO, Alex (2018) «No es Sexista la lengua, sino su uso». *El país*. Disponible en: https://elpais.com/cultura/2018/02/23/actualidad/1519389008_808351.html (accedido: 27-5-2020).
- GUILLAMÓN, Encarna (2011). «Corporate governance, future news and forward-looking information». *34 congreso EAA (European Accounting Association)*, Roma, Italia.
- HOLSTI, O.R. (1969). *Content analysis for the Social Sciences and Humanities*. Wesley Publishing Company, Reading, MA.
- IBERCAMPUS (2017). «Casi 10.000 empresas sacan informes de RSC con sello GRI». *Ibercampus.es*. Disponible en: <https://www.ibercampus.es/casi-10000-empresas-sacan-informes-de-rsc-con-sello-gri-34072.htm> (accedido: 27-5-2020).
- IFAC (INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS) (2020). *Building a Coherent, Global Approach to Corporate Reporting*. April 2. Disponible en: <https://www.ifac.org/news-events/2020-04/building-coherent-global-approach-corporate-reporting> (accedido: 27-5-2020).
- IZQUIERDO, Robín (2017). «Ventajas y formas de conseguir la conciliación laboral en tu empresa» *Ehorus*, Disponible en: <https://ehorus.com/es/conciliacion-laboral/> (accedido: 27-5-2020).
- LARRINAGA GONZÁLEZ, Carlos; LUQUE VÍLCHEZ, Mercedes (2017). «Actualidad sobre la Directiva 2014/94/UE de información no financiera en España». *Revista contable*, Sección Estado financieros, 56, Ed. Wolters Kluwer.
- LEIVA GOMEZ, Sandra y COMELIN FORNES, Andrea (2015). «Conciliación entre la vida familiar y laboral: Evaluación del programa IGUALA en una empresa minera en la región de Tarapacá». *Polis Revista Latinoamericana*, Ed. Centro de investigación Sociedad y Políticas Pública (CISPO), Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682015000300016> (accedido: 27-5-2020).
- LEY 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-17989> (accedido: 27-5-2020).

- LEY 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Disponible en: <https://boe.es/buscar/pdf/1999/ine-A-1999-21568-consolidado.pdf> (accedido: 27-5-2020).
- LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/23/pdfs/A12611-12645.pdf> (accedido: 27-5-2020).
- MARTÍN ARTILES, ANTONIO; CARRASQUER OTO, PILAR (2005). «La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo». *Cuadernos de Relaciones laborales*. 23, 1, 131-150, ISSN 1131-8635. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/34871> (accedido: 27-5-2020).
- MENÉNDEZ LLANEZA, CARMEN (s.f.) «Conciliación de la vida familiar y laboral: presentación y comentarios de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre». *Federación de industrias textil-piel, químicas y afines de CC.OO.* Madrid. Disponible en: <http://usuariis.tinet.cat/jmcf/Legislacio/Llei%20de%20conciliacio%20familiar%20doelibro.pdf> (accedido: 27-5-2020).
- MESS (MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL) (2014). *Estrategia española de responsabilidad social de las empresas 2014/2020*. Disponible en: <http://www.mitramiss.gob.es/es/rse/eerse/index.htm> (accedido: 27-5-2020).
- MSCBS (MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL) (2018). *Guía de ayudas sociales y apoyo a las familias*. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/pdf/guiaideayudaspar...> (accedido: 27-5-2020).
- MILLER, KATHARINE (2016). «Cumplir o explicar las políticas de diversidad, la (nueva) exigencia del informe de gestión». *CE (Revista Compromiso empresarial)*. Disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2016/04/cumplir-o-explicar-las-politicas-de-diversidad-la-nueva-exigencia-del-informe-de-gestion/> (accedido: 27-5-2020).
- MILNE, MARKUS J. y ADLER, RALPH W. (1999). «Exploring the reliability of social and environmental disclosures content analysis». *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 12, 237-256.
- MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, ROCÍO (2004). *La protección jurídica de la mujer trabajadora*. Madrid: Concejo económico y social, Colección estudios núm. 162, 107-123.
- MUSICH, SHIRLEY; HOOK, DAN; BAANER, STEPHANIE y EDINGTON, DEE W. (2006). «The association of two productivity measures with health risks and medical conditions in an Australian employee population». *American Journal of Health Promotion*, 20, 353-363. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16706007> (accedido: 27-5-2020).
- NEUENDORF, KIMBERLEY A. (2002). *The content analysis guidebook*. Sage publications, London.
- OIT (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO) (2006). *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*. Disponible en: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2006/106B09_303_span.pdf (accedido: 27-5-2020).
- ORELLANA CANO, ANA MARÍA (2002). «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 37.
- ORSC (OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA) (2016). «Divulgación de información no financiera, Transposición Directiva Europea 2014/95». Disponible en: https://observatoriorsc.org/wp-content/uploads/2016/11/Informacion_no_financiera_propuestaOBRSC_nov2016.pdf (accedido: 27-5-2020).

- OWUSU-ANSAH, Stephen y YEOH, Joanna (2005). «The effect of Legislation on Corporate Disclosure Practices». *Abacus*, vol. 41, n.º 1.
- PERDIGUERO, G. Tomás (2003). *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*. Barcelona: Anagrama.
- PROGRAMA ÓPTIMA (s.f.). Disponible en: <http://habitat.aq.upm.es/bpes/che06/bpes02.html> (accedido: 27-5-2020).
- 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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430> (accedido: 27-5-2020).
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724> (accedido: 27-5-2020).
- REAL DECRETO-LEY 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf> (accedido: 27-5-2020).
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Sabela (2018). «Lejos de la corresponsabilidad: más del 90% de las excedencias para el cuidado fueron solicitadas por mujeres». *Infolibre* Disponible en: https://www.infolibre.es/noticias/politica/2018/02/04/lejos_corresponsabilidad_las_excedencias_para_cuidado_fueron_solicitadas_por_mujeres_74744_1012.html (accedido: 27-5-2020).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral: situación y protección*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ, Julema; Abreu, José Luis (2009). «Legislación de la responsabilidad social empresarial». *Daena (International Journal of Good Conscience)*; Vol. 4, Pag. 188-228. Disponible en: [http://www.spentamexico.org/v4-n2/4\(2\)%20188-228.pdf](http://www.spentamexico.org/v4-n2/4(2)%20188-228.pdf) (accedido: 27-5-2020).
- RRHHDIGITAL (2019). Las compañías impulsan la natalidad bajo el movimiento «Baby Friendly Companies». RRHHDigital, 12 de noviembre. Disponible en: http://www.rrhhdigital.com/secciones/conciliacion-e-igualdad/139111/Las-companias-impulsan-la-natalidad-bajo-el-movimiento-Baby-Friendly-Companies?target=_self (accedido: 27-5-2020).
- RUIZ, Joaquim (2015). «¿Conoce los distintos estándares sobre RSE?». *El blog de prevención*. Disponible en: <http://prevenblog.com/conoces-los-distintos-estandares-sobre-rse/> (accedido: 27-5-2020).
- SAITUA IRIBAR, Ainhoa; ANDICOECHEA ARONDO, Lorea; ALBIZU GALLASTEGI, Eneka (2014a). «Human Resources Information in the Management Report of the Top Spanish Companies», *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 109, 171-177, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042813050714> (accedido: 27-5-2020).
- SAITUA IRIBAR, Ainhoa; ANDICOECHEA ARONDO, Lorea; ALBIZU GALLASTEGI, Eneka (2014b). «Divulgación sobre recursos humanos en el Informe de Gestión. Análisis del nivel de comparabilidad y uso de indicadores en las empresas del IBEX35», *Boletín de estudios económicos* 69 (213), 549-569.
- SAITUA IRIBAR, Ainhoa; ALBIZU GALLASTEGI, Eneka; ANDICOECHEA ARONDO, Lorea (2015). «Human capital information in management reports: An analysis of compliance with the characteristic of the relevance of disclosure», *Intangible Capital* 11(2), 223-248, <https://www.intangiblecapital.org/index.php/ic/article/view/536> (accedido: 27-5-2020).

- SAITUA IRIBAR, Ainhoa (2017). «Diversidad de género como parte de la RSC y sostenibilidad en las empresas. Avances para la mejora de la divulgación de información no financiera sobre las políticas de igualdad y sus resultados». *Revista Lan Harremanak* 38, 178-203, https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/18897 (accedido: 27-5-2020).
- S.F. (2018). «La conciliación, segundo factor más importante a la hora de elegir una empresa». *ABC Familia*. Disponible en: http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-conciliacion-segundo-factor-mas-importante-hora-elegir-empresa-201805230047_noticia.html (accedido: 27-5-2020).
- SORIA, Lidia (2018). «Dime dónde vives y te diré cómo concilias». CE (*Revista Compromiso empresarial*). Disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com/rsc/2018/02/dime-donde-vives-y-te-dire-como-concillas/> (accedido: 27-5-2020).
- STRATIGAKI, Maria (2004). The Cooptation of Gender Concepts in EU Policies: The Case of «Reconciliation of Work and Family». *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, Volume 11, Issue 1, Spring Pages 30-56, Disponible en: <https://doi.org/10.1093/sp/jxh025> (accedido: 27-5-2020).
- UE (UNIÓN EUROPEA) (2001). *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad social de las empresas* Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366> (accedido: 27-5-2020).
- UE (UNIÓN EUROPEA) (2014). *Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos Texto pertinente a efectos del EEE*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095> (accedido: 27-5-2020).

HACIA LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ACCESO Y EL DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN¹

*Towards equal treatment and opportunities between women
and men in access and enjoyment of the retirement pension*

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE*

Universidad de Murcia, España

RESUMEN

Si la actual crisis sanitaria obliga a repensar tanto el modelo económico-productivo español como el sistema estatal de protección social y, particularmente, el régimen jurídico de la pensión de jubilación, las mujeres no deberán ser relegadas ni perjudicadas como en otras ocasiones. Bajo este planteamiento, el presente estudio tiene como objetivo analizar, con un enfoque de género, la normativa reguladora de la pensión de jubilación, así como las resoluciones judiciales que la interpretan y aplican. La investigación realizada permitirá conocer tanto las previsiones normativas que discriminan indirectamente a las mujeres en el acceso y el disfrute de dicha pensión, como el nivel de eficacia de las medidas de acción positiva establecidas para reducir la brecha de género en pensiones, aspectos que, en cumplimiento de la normativa internacional y de la Unión Europea, habrán de tenerse en cuenta cuando se aborde la reforma del sistema de protección social español.

Palabras clave: pensión de jubilación, igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, discriminación por razón de sexo, brecha de género en pensiones.

ABSTRACT

If the current health crisis forces to rethink both the Spanish economic-productive model and the state system of social protection and, particularly, the legal regime of the retirement pension, women should not be relegated or disadvantaged as on other occasions. The objective of this study is to analyze from a gender perspective the regulation of the retirement pension, as well as the judicial resolutions that interpret and apply it. The research carried out will reveal both the norms that indirectly discriminate against women in accessing and enjoying this pension, and the level of effectiveness of positive action measures aimed at reducing the gender gap in pensions, aspects that, in compliance with international and European norms, will have to be taken into account when addressing the next reform of the Spanish social protection system.

Keywords: retirement pension, equal treatment and opportunities between women and men, discrimination based on sex, gender gap in pensions.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto PID2019-104630RB-I00, sobre «El futuro del sistema español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e incluido en la Convocatoria 2019 de Proyectos de I+D+ i - RTI Tipo B.

* **Correspondencia a:** María del Carmen López Aniorte. c/ Periodista Antonio Herrero, n.º 25-4.º P, 30007-Murcia (España) – carmenlo@um.es – <https://orcid.org/0000-0002-3484-053X>

Cómo citar: López Aniorte, María del Carmen. (2020). «Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación»; *Lan Harremanak*, 43, 120-155. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21694>).

Recibido: 01 mayo, 2020; aceptado: 25 mayo, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Planteamiento: la originaria y persistente desigualdad de género en materia de protección social

Se ultima este trabajo en tiempos del confinamiento impuesto por la crisis sanitaria del COVID-19, resultando un contexto propicio para reflexionar acerca de cómo influirán sus efectos económicos y sociales en el futuro del sistema de pensiones español, y particularmente, en la protección social de las mujeres, en un periodo en el que se sitúan en primera línea de una inesperada y dolorosa lucha contra la enfermedad los trabajos de cuidados, feminizados y casi siempre invisibilizados e infravalorados. Todavía vigentes, en buena medida, las medidas laborales y de Seguridad Social diseñadas con motivo de la crisis financiera del 2008, es el momento oportuno de analizar el impacto de las restrictivas reformas adoptadas en materia de pensiones en la protección social de las mujeres de mayor edad y de verificar la eficacia de las acciones positivas diseñadas para reducir la brecha de género en la materia, con el fin de extraer enseñanzas para el momento en que la Unión Europea, en su caso, imponga nuevos límites presupuestarios para atender «de forma prioritaria» el pago de una deuda externa que habrá crecido hasta límites, hasta hace poco tiempo, insospechados.

Es preciso hacer un pequeño recorrido histórico para conocer de dónde venimos y el camino que queda todavía pendiente. A lo largo del siglo xx se incorporaron masivamente las mujeres al trabajo remunerado², y se desarrollaron los modernos sistemas de Seguridad Social. En el caso de España, el tránsito del ámbito de lo privado a lo público (Beard, 2018: 13-51) se vio dificultado durante varias décadas por la aplicación de los principios del Fuero del Trabajo (1938), que mantuvieron confinadas a las mujeres en la esfera privada para el desarrollo de labores reproductivas, domésticas y de cuidado; ello determinó que los seguros sociales construidos durante la dictadura franquista tuvieran como prototipo de sujeto beneficiario al hombre, cabeza de familia y proveedor de ingresos, y reconocieran a aquellas la condición de beneficiarias de prestaciones no causadas por las mismas. Fue necesario esperar al último tercio del siglo xx, y de forma particular, a la entrada en vigor de la CE de 1978 —igualdad como valor superior del Ordenamiento Jurídico (art. 1.1), principio/derecho fundamental (art. 14), y mandato a los poderes públicos en pro de la igualdad real y efectiva (art. 9.2)—, para que la participación de las mujeres en el trabajo remunerado se hiciera visible, y empezaran a surgir fisuras en el modelo patriarcal de Seguridad Social. La pensión de viudedad se extendió a los hombres, y las mujeres empezaron a acceder a prestaciones del sistema por derecho propio. Además, con el cambio de siglo, surgieron —con desigual impacto— nuevas prestaciones con

² Este proceso de tránsito de lo privado a lo público constituye la gran revolución del siglo xx, periodo durante el cual la mitad de la población ha conquistado los derechos civiles y políticos (igualdad formal) y ha accedido de forma generalizada al trabajo remunerado.

las que se perseguía, de un lado, paliar la crisis de cuidados que acompañó la incorporación de las mujeres al trabajo asalariado, y de otro, impulsar la corresponsabilidad entre ambos sexos; asimismo, se implementaron prestaciones específicas para las trabajadoras por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia, y se adoptaron medidas compensatorias encaminadas a reducir la notable brecha de género del sistema de pensiones.

Ahora bien, pese a los cambios normativos producidos, bastante avanzado el primer cuarto del siglo XXI, la igualdad por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social no se ha alcanzado ni es previsible que se logre a medio plazo, como acreditan los datos sobre afiliación, cuantía de las pensiones y bases de cotización ofrecidos por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social referidos a principios de marzo de 2020³. En ese momento —todavía no había estallado la crisis sanitaria y laboral que llegó semanas después— más de 8,9 millones de trabajadoras estaban afiliadas a la Seguridad Social, representando el 46,64% del total de la ocupación; y 1,89 millones de mujeres se encontraban en situación de desempleo frente al 1,35 millones de hombres. La pensión media mensual de los hombres era de 1.225 € frente a los 803 € en el caso de las mujeres; concretamente, la pensión de jubilación media masculina era de 1.332,35 € y la femenina de 877,39 € (esta última suponía el 65,8% de la cuantía de la primera), brecha similar a la de otros países de la Unión Europea (Signorini, 2020: 1-13)⁴; las mujeres representaban más del 92% de las pensiones de viudedad y el 68,5% de las prestaciones a favor de familiares (todas ellas de baja cuantía); y el 30% del total de las pensiones percibidas por las mujeres requerían del complemento a mínimos, frente al 17% en el caso de las percibidas por hombres.

En cuanto a las bases de cotización —que condicionarán la cuantía de las pensiones futuras—, en marzo de 2020 la base de cotización media de las mujeres alcanzaba los 1.662,7 € frente a los 1.984,7 € de media en el caso de los hombres, lo que refleja la gran brecha salarial que persiste entre ambos sexos; brecha en la que incide —sin ánimo exhaustivo— el altísimo peso de la contratación a tiempo parcial en las mujeres —estas ocupan el 74% del total de esta modalidad contractual—, el techo de cristal, y la reducida remuneración de los trabajos feminizados (al servicio del hogar familiar, recolección en el sector agrario, camareras de piso, cuidadoras profesionales y no profesionales de dependientes...). Al menor salario se suma la mayor precariedad e intermitencia del trabajo femenino, con entradas y salidas frecuentes del mercado laboral (alta temporalidad, menor tasa de actividad...), y la feminización del disfrute de las excedencias por cuidado familiar (de las 59.446 registradas a principios de

³ Disponible en <https://revista.seg-social.es/2020/03/06/la-mujer-en-la-seguridad-social-breve-radiografia-de-situacion/> (accedido: 27-3-2020).

⁴ Particularmente, en Italia, la pensión media de los jubilados es de 1.669 € y la de las jubiladas de 1.126 €, resultando estas últimas el 67,5% de las primeras.

marzo de 2020, 52.889 correspondieron a mujeres, lo que supone el 86,96%, del total), circunstancias que dificultarán a medio y largo plazo el cumplimiento de los requisitos de acceso a las pensiones por parte de las mujeres y darán lugar a prestaciones más reducidas⁵.

2. La obligación legal de incorporar la perspectiva de género en el diseño de la normativa de seguridad social y en su aplicación

Como se ha señalado en el apartado anterior, la diferencia entre sexos en materia de pensiones continúa siendo muy amplia, principalmente, por la persistencia de dos grandes brechas de género, la laboral y la de cuidados, siendo la segunda —vinculada a estereotipos culturales— la principal causa de la primera⁶. La combinación de ambas trae consigo salarios más bajos que dan lugar a bases de cotización más reducidas y vidas laborales interrumpidas por un desigual reparto del trabajo de cuidados dentro la familia⁷, elementos que se traducen en pensiones femeninas más exiguas; aspectos que determinan un mayor índice de pobreza femenina durante todas las etapas vitales⁸.

Pero las dos brechas señaladas no son las únicas circunstancias responsables de la desigualdad entre ambos sexos. Esta también puede ser imputable al diseño androcéntrico del Derecho (Lousada, 2016: 39; Smart, 1994: 173), y a la ausencia de un enfoque de género en quienes lo interpretan y aplican. Así sucede, por ejemplo, cuando en la regulación de las prestaciones del sistema se mantiene como referente un modelo masculino de producción en el que no se reconoce ni

⁵ Los datos contenidos en este párrafo proceden de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social; disponibles en <https://revista.seg-social.es/2020/03/06/la-mujer-en-la-seguridad-social-breve-radiografia-de-situacion/> (accedido: 27-3-2020).

⁶ Los estereotipos sexistas son los determinantes de que el rol de cuidadoras atribuido desde siempre a las mujeres se mantenga, imponiéndoles la doble jornada, expulsándolas del mercado laboral o conduciéndolas a ejercer los derechos de conciliación laboral y familiar; determinando la feminización de las profesiones relacionadas con el cuidado; relegando a las mujeres a las categorías más bajas del escalafón profesional; y manteniéndolas alejadas de los ámbitos científicos y tecnológicos.

⁷ Tal como señala el Informe de la OIT *Care work and care jobs for the future of work* (2018), las mujeres realizan el 76,2% de todo el trabajo de cuidados no remunerado a nivel mundial, disponible en https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_633135/lang-en/index.htm (accedido: 30-03-2019).

⁸ Sobre la brecha salarial a nivel europeo (del 16 %, en cuanto a la remuneración por hora), sus causas, y su incidencia en la brecha en pensiones (de un 37%), véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género (2019/2870(RSP) en la que se contienen relevantes propuestas para erradicar la brecha salarial, dirigidas a la Comisión y a los Estados miembros. Véase también, EIGE (*European Institute for Gender Equality*), 2019 (<https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2019>), en línea, fecha de consulta: 16 de noviembre de 2019), conforme al cual, España ocupa el puesto 9 en el Índice de Igualdad de Género que analiza los 28 países de la UE, alcanzando un 70,1 sobre 100, y superando la media europea (67,4).

valora el trabajo de cuidados, ni las profesiones con amplia presencia femenina, ni las vicisitudes que pueden sufrirse durante el periodo de gestación y lactancia, ni los riesgos y enfermedades profesionales propias de las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres. También es responsable el ordenamiento jurídico de la desigualdad cuando no se adoptan medidas normativas eficaces para garantizar la corresponsabilidad y el acceso de las mujeres a los puestos de directivos, o para eliminar la brecha salarial de género. Y, en fin, se propicia la desigualdad cuando los órganos administrativos o judiciales no aplican el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en la interpretación y aplicación del Derecho de la Seguridad Social.

La falta de perspectiva de género en el diseño del sistema español de Seguridad Social (Molina, 2020: 2-5) ha quedado reflejada en distintos pronunciamientos del propio TJUE al declarar discriminatorias algunas de sus normas [entre las sentencias más recientes, se encuentran las de 22 de noviembre de 2012 (asunto Elbal Moreno), 9 noviembre 2017 (C-98/2015), 8 de mayo de 2019 (asunto Villar Láziz), y 12 de diciembre de 2019 (asunto WA/Instituto Nacional de la Seguridad Social)]; lo que no deja de ser paradójico puesto que ha sido la propia Unión Europea la que ha impuesto a España «recomendaciones» para la superación de los efectos de la crisis económica-financiera, de alto calado constitucional (reforma del art. 135 CE), que se han traducido en un endurecimiento de las reglas de cálculo o revalorización de las pensiones y en el retraso de la edad de jubilación, medidas que producen efectos especialmente perjudiciales para las trabajadoras, debido a sus trayectorias laborales intermitentes y precarias.

Para garantizar la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social, la normativa en la materia ha de incluir la perspectiva de género, como exigen el art. 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) y el RD 931/2017, de 27 de octubre⁹. En atención a esta normativa, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo ^{de 2011}¹⁰, en su Recomendación 17.^a, respalda la adopción de

⁹ En concreto, el art. 19 LOIMH prevé que los proyectos de disposiciones de carácter general —así como los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros— deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género; por su parte, el RD 931/2017, de 27 de octubre, en el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo que debe acompañar a los anteproyectos de ley y proyectos de reales decretos-leyes, reales decretos legislativos y normas reglamentarias, que dicha memoria debe contemplar un apartado referente a «impacto por razón de género», que «analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres».

¹⁰ El Informe puede verse en, <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/837109f0-e8fa-47fb-b878-668afc1bca1e/Informe+Pacto+de+Toledo+2011..pdf?MOD=AJPERES&CVID=>, en línea, fecha de consulta: 07-04-2020.

medidas dirigidas a la equiparación real de salarios entre sexos, «por su incidencia directa en los futuros derechos sociales, así como la valoración de la dimensión de género en materia de pensiones y la consideración en la carrera de cotización de las mujeres de las diversas circunstancias que pueden incidir en ellas», además de aquellas iniciativas que ayuden a las mujeres «a complementar sus aportaciones económicas con otros elementos, con el objeto de configurar derechos de pensión propios».

Pero, además, es necesario que la perspectiva de género también alcance a quienes aplican e interpretan las normas de Seguridad Social (Lousada, 2020: 11-155), como requieren distintos instrumentos de la Unión Europea e internacionales, así como normas internas. Entre aquellos, se encuentran las Directivas 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, y 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.

Asimismo, es muy relevante la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW)¹¹, cuyo art. 15.2 señala que los Estados parte han de reconocer a las mujeres «un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales»; a partir de lo establecido en la Convención, el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (el CEDAW) ha generado un relevante cuerpo doctrinal sobre estereotipos de género en la impartición de justicia —con eficacia en nuestro orden interno¹²— cristalizado en la Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (de 2015).

En el ámbito del Consejo de Europa, el Plan de Acción para fortalecer la independencia judicial y la imparcialidad 2016-2021, dirige su acción 2.4 a «combatir la influencia perjudicial de los estereotipos en la toma de decisiones judiciales»¹³; y la Estrategia para la igualdad de género 2018-2023¹⁴, tiene entre sus propósitos y objetivos estratégicos prevenir y luchar contra los estereotipos

¹¹ El art. 5.a) de la CEDAW establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

¹² Véase, STS (Contencioso-Administrativo) de 17 de julio de 2018 (Rec. 1002/2017).

¹³ Plan d'action du Conseil de l'Europe pour renforcer l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, en línea, <https://rm.coe.int/1680700286>, fecha de consulta: 10 de abril de 2020.

¹⁴ Puede verse en, <https://rm.coe.int/estrategia-de-igualdad-de-genero-del-coe-es-msg/16808ac960Una>, fecha de consulta: 10 de abril de 2020.

de género y el sexismo (objetivo 1), garantizar el acceso igualitario de la mujer a la justicia (objetivo 3), y conseguir la transversalidad de género en todas las políticas y medidas (objetivo 3).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, merced a una interpretación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) como «instrumento vivo», está incorporando en los últimos tiempos el enfoque de género en sus sentencias, por ejemplo, al circunscribir los derechos de conciliación dentro del ámbito del derecho a la vida privada y familiar —art. 8— y a la no discriminación por razón de sexo —art. 14— (sentencia de 22 de marzo de 2012, Konstantin vs. Rusia), o al esbozar el concepto de discriminación múltiple (sentencia de 25 de julio de 2012, B.S. contra España). Y, en fin, sobre la actuación del TJUE como «instrumento corrector» de discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo de la normativa de sus Estados Miembros (particularmente, de la normativa de Seguridad Social española), ya se han señalado algunos ejemplos más arriba.

En el ámbito interno, el art. 4 LOIMH prevé que la «igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas»; y su art. 15 dispone que el «principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos», debiendo las Administraciones Públicas integrar dicho principio «de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades». Por lo demás, la aplicación de la perspectiva de género a las resoluciones judiciales es un mandato imperativo que emana de la sumisión del poder judicial al imperio de la ley (art. 117 CE).

Partiendo del presupuesto de que, tanto los informes de impacto de género de las iniciativas normativas como la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas tienen carácter preceptivo (Poyatos, 2018: 7), no es aceptable que, con demasiada frecuencia, dichos informes incumplan los objetivos descritos, limitándose a la mera observancia formal de la exigencia normativa. Como tampoco es razonable que, a día de hoy, algunos órganos judiciales obvien la perspectiva de género en resoluciones en las que procede aplicar esta técnica, como ha advertido el CEDAW¹⁵, sin duda por una falta de capacitación

¹⁵ Véase el Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (58° período de sesiones), Comunica-

en la materia que venía siendo reclamada por distintos instrumentos internacionales¹⁶, y a la que finalmente ha dado respuesta la reforma de 2018 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para establecer la obligatoriedad de la formación en igualdad de género para el acceso a la carrera judicial y en la formación continua, pero olvidando la capacitación de quienes integran el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional; omisión desafortunada al ser de estos órganos de los que emanan la doctrina jurisprudencial y la doctrina constitucional, vinculantes para los órganos judiciales.

En relación con la aplicación del principio de igualdad en las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional (TC), en su sentencia 3/2007, de 15 de febrero, ya señaló que los «órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes». Este planteamiento del TC es adecuado a un concepto moderno de discriminación por razón de sexo basado más en la subordinación que en la comparación, y que define aquella como toda situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género (Lousada, 2020: 31). Conforme a esta noción, es cada vez mayor el número de sentencias dictadas en el orden social en las que se aplica la técnica de juzgar con una perspectiva de género, en supuestos en los que están presentes relaciones asimétricas de poder derivadas de la persistencia de estereotipos sexistas. Esta técnica permite en primer término «detectar si en un determinado conflicto jurídico está influyendo la existencia de un estereotipo de género que puede estar generando una diferencia de oportunidades o derechos», y, una vez constatada su existencia, hace posible su erradicación «de la aplicación o interpretación de la norma corrigiendo y compensando el desequilibrio que haya podido ocasionar» (Jiménez, 2018).

Con la técnica de juzgar con perspectiva de género, tal como precisa la STS de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 201/2009; Ponente: María Lourdes Arastey Sahun) —sentencia pionera en la materia—, se supera el principio de igualdad formal, mayoritariamente ya alcanzado, pero insuficiente, y que implica la prohibición de discriminación, «para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de

ción núm. 47/2012 (disponible en <http://web.icam.es/bucket/Dict%C3%A1men%20CEDAW%20%C3%81ngela%20Gonz%C3%A1lez%20Carre%C3%B1o.pdf>, accedido: 25-08-2017), que formula al Estado español la recomendación de proporcionar «formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica».

¹⁶ Véanse la Recomendación general núm. 33 del CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015), apartados 26 a 29, y el Plan de acción del Consejo de Europa para reforzar la independencia e imparcialidad del poder judicial, cit., Acción 2.4.

acción positiva y el control de la discriminación indirecta»¹⁷. En la jurisdicción social esta técnica ha sido aplicada por otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo, tales como las de 26 de septiembre de 2018 (Rec.1352/2017; Ponente: María Lourdes Arastey Sahun), 29 de enero de 2020 (Rec. 201/2009; Ponente: María Lourdes Arastey Sahun)¹⁸ —sobre discriminación por asociación (Ferrando, 2020: 1-23)— y 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017; Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga); así como, entre otras, por las SSTSJ Galicia de 14 de octubre de 2016 (Ponente: Fernando Lousada Arochena)¹⁹, Canarias/Las Palmas, de 7 de marzo de 2017 (Ponente: Gloria Poyatos Matas)²⁰, y La Rioja de 10 de enero de 2019 (Ponente: Cristóbal Iribas Genua)²¹.

Tímidamente, el enfoque de género también empieza a contemplarse en alguna resolución del TC sobre protección social. Aunque dicha perspectiva está bastante alejada del hilo argumental de la STC 111/2018, de 17 de octubre, que deniega a un padre la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad (no así del voto particular a cargo de la Magistrada Balaguer Callejón), la STC 91/2019, de 3 de julio, sí incorpora la perspectiva de género, siendo uno de los aspectos novedosos de la misma que fuera el propio Tribunal Constitucional quien tomara la iniciativa y planteara una cuestión interna de inconstitucionalidad, a propósito de un recurso de amparo de un profesor de universidad con trabajo a tiempo parcial.

¹⁷ En esta sentencia, dictada en unificación de doctrina, se reconoce a la recurrente pensión de invalidez del extinguido SOVI —que le había sido denegada por el INSS por falta de carencia—, computando como cotizados asimilados por parto, los 112 días de bonificación que establecía la DA 44 LGSS, en el entendimiento de que cuando dicha DA, introducida por la LOIMH, se refiere a «cualquier régimen de Seguridad Social», ello «no puede ser interpretado en una literalidad estricta» porque la finalidad del precepto «no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestaciones o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral es la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo».

¹⁸ Sentencia muy relevante, firmada por la misma Magistrada Ponente que la comentada en la nota anterior, e igualmente referida al SOVI. Esta resolución, que acoge la construcción jurisprudencial del TJUE de la discriminación por asociación [SSTJUE de 17 de julio de 2008, Asunto (C-303/06, caso Coleman) y de 16 de julio de 2015 (C83/14)], desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ de canarias/Las Palmas, de 2 de mayo de 2017 (Ponente: Gloria Poyatos Matas), que había reconocido el derecho a una mujer a percibir una pensión en favor de familiares por la muerte de su madre, pensionista del antiguo régimen SOVI que no reconocía dicha pensión. El Alto Tribunal, partiendo de la abrumadora feminización de las pensiones del vejez del SOVI (todas ellas de baja cuantía), rechaza que pueda efectuarse una aplicación literal de la norma cuando la misma puede tener un evidente impacto negativo sobre un colectivo (discriminación indirecta), y, además, añade que la interdicción de la discriminación no se limita a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación (discriminación por asociación).

¹⁹ JUR\2016\249172.

²⁰ JUR\2017\66383.

²¹ N.º de Recurso: 236/2018.

3. La recurrente vulneración el principio de igualdad de trato y de oportunidades en las reformas del sistema de pensiones

En los últimos tiempos se han producido distintas reformas del sistema de la Seguridad Social, encaminadas a atender sus grandes retos: el envejecimiento de la población; las crisis económicas, que han derivado en recomendaciones de la Unión Europea de estabilidad presupuestaria con exigencia constitucional de subordinación de los derechos sociales al principio de estabilidad (Ortiz, 2016: 135); y la precariedad laboral generalizada —especialmente acentuada en el caso de las mujeres—, con bajos salarios y reducidas cotizaciones.

Las reformas producidas, encaminadas a la reducción del gasto y no a la mejora de los ingresos (Aparicio, 2015: 289), han afectado al requisito de carencia de la pensión de jubilación y a sus reglas de cálculo y revalorización; han establecido límites al complemento por mínimos; y han retrasado la edad de jubilación. Tales medidas han perjudicado especialmente a las trabajadoras (García, 2019: 82), sin que se haya establecido mecanismo compensatorio alguno. Ello denota una falta absoluta de perspectiva de género en el diseño de las normas en las que aquellas medidas se contienen, lo que, a su vez, es indiciario, bien de falta de sensibilización y capacitación de quien legisla sobre los efectos negativos de los sesgos de género en el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad al sistema de protección social²², o bien de que no constituye una prioridad legislativa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la materia (o ambas cosas al mismo tiempo).

Junto a las reformas arriba señaladas que, siendo de carácter general, producen un mayor impacto negativo en las mujeres, también se han llevado a cabo otras de tipo sectorial, dirigidas a trabajos feminizados del ámbito de los cuidados, que han supuesto un recorte directo de derechos adquiridos por las mujeres de los sectores más desfavorecidos. En esta categoría se encuadra la eliminación por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de la asunción por el Estado de la cotización a las cuidadoras no profesionales de las personas en situación de dependencia, lo que supuso reducir las cerca de 180.000 cuidadoras —mujeres, la inmensa mayoría— con un convenio especial suscrito en julio de 2012, hasta el mínimo de 7.304 en marzo de 2019²³. La medida tuvo un dramático impacto de género, al expulsar del sistema de Seguridad Social a unas 170.000 muje-

²² La Recomendación general núm. 33 del CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015), en sus apartados 30 a 34, recomienda a los Estados Parte que desarrollen experiencia en materia de género, «incluso aumentando el número de asesores en materia de género», y que «integren, en los planes de estudios a todos los niveles educativos, programas educacionales sobre los derechos de las mujeres y la igualdad entre los géneros, incluidos los programas de conocimientos jurídicos».

²³ Cfr., <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3538>, en línea, 13-07-2019.

res, muchas de las cuales, presumiblemente, no se habrían podido incorporar al mercado de trabajo o se habrían visto obligadas a abandonar sus empleos e interrumpir sus carreras de cotización para el desarrollo de un trabajo de cuidados marcado por los roles sociales, e impuesto por la falta de atención institucional a un número cada vez mayor de personas en situación de dependencia.

Siete años después de la medida, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, ha recuperado la financiación de las cuotas del convenio especial a cargo del Estado; no obstante, la reforma es de reducido alcance pues sólo afecta a los convenios especiales existentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019 (7.304) y no a los que se extinguieron tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (170.000).

Mientras no se produzca la completa profesionalización de los servicios de cuidados a personas dependientes y se supere el estereotipo de género que impone los cuidados a las mujeres, la asunción por el Estado de las cotizaciones de las personas cuidadoras no profesionales de quienes se encuentran en situación de dependencia, contribuiría eficazmente a que lucre pensiones de jubilación un número no desdeñable de mujeres con bajos ingresos profesionales, razón por la cual es necesario que la medida se extienda a todo el colectivo.

3.1. Efectos del endurecimiento del requisito de carencia en las pensiones de jubilación femeninas

El art. 205.1.b) LGSS exige un período de carencia de 15 años como mínimo (5.475 días efectivamente cotizados), de los cuales al menos 2 años deben estar comprendidos en los 15 inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho a la pensión de jubilación o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

Puede parecer un periodo de carencia reducido, pero lo cierto es que muchas mujeres con lagunas de cotización tendrán dificultades para alcanzar tanto los 15 años de periodo mínimo de cotización como la carencia específica de 2 años en los últimos 15. La observancia de esta segunda exigencia se verá frustrada cuando se haya dejado de trabajar para el cuidado de familiares (en este tramo de edad, previsiblemente se tratará de personas mayores y dependientes), y no sea posible la reincorporación al trabajo con posterioridad.

El requisito de los 15 años de cotización se vio endurecido por la reforma llevada a efecto por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que excluyó los «días cuota» para el cómputo del período mínimo de cotización de la pensión de jubilación (no así para el reconocimiento de otras prestaciones como la incapacidad permanente, la incapacidad temporal, la viudedad, etc.). Si bien, hasta la entrada en vigor de dicha reforma, la norma exigía —como en la actualidad— una carencia de 15 años para acceder a la pensión de jubilación, la STS 918/1974,

de 10 de junio (Ponente: Eduardo García-Galán) había concretado que para el cómputo de tal carencia había que tener en cuenta los «días cuota» correspondientes a las pagas extraordinarias (60 días por año). De este modo, bastaba con lograr los 4.700 días efectivos de cotización —algo menos de 13 años trabajados y cotizados— para tener derecho a la pensión de jubilación, en lugar de los 5.475 días que suponen los 15 años. La nueva regulación entró en vigor el 1 de enero de 2008, finalizando su periodo transitorio de aplicación el 1 de enero de 2013.

Como ya se ha señalado, las mujeres se han visto especialmente afectadas por la medida dado que sus carreras de cotización son más cortas que las de los hombres. Ello es debido, no sólo a su actividad laboral intermitente y precaria, con entradas y salidas frecuentes del mercado laboral en los términos ya señalados, sino también a su significativa participación en la economía sumergida. Este último aspecto no es, en absoluto, desdeñable, teniendo en cuenta el alto porcentaje de empleo informal que se mantiene en España, en relación con el empleo total, y del elevado protagonismo que en el mismo presenta la mano de obra femenina²⁴, especialmente, en sectores precarizados como el trabajo doméstico, los cuidados personales, la hostelería, y los talleres de confección o de fabricación de calzado²⁵. Las medidas de lucha efectiva contra la economía sumergida, no sólo contribuyen a garantizar la sostenibilidad del sistema, sino que permiten que un mayor número de mujeres tenga acceso a una pensión contributiva de jubilación que, tras la reforma de 2007, llevada a cabo ignorando su impacto negativo de género, les resulta más difícil de lucrar.

3.2. El impacto de género de las medidas encaminadas a retrasar la edad de jubilación y a incentivar el envejecimiento activo

Ante el significativo incremento de la esperanza de vida en Europa, la Unión Europea viene impulsando medidas encaminadas a favorecer el envejecimiento activo, con el fin lograr un «equilibrio sostenible» entre el tiempo de trabajo y el de jubilación²⁶. En cumplimiento de las recomendaciones comunitarias, se han adoptado distintas medidas en España, dirigidas a retrasar la edad de jubilación,

²⁴ UGT-Euskadi: *El trabajo invisible: la feminización de la economía sumergida*, disponible en <http://www.ugteuskadi.org/wp-content/uploads/2017/12/ECONOMIA-SUMERGIDA-WEB.pdf> (Accedido: 8-07-2019). Según datos de la OIT correspondientes al año 2018, en España el porcentaje de empleo informal es del 27,3%, del que un 26,2% son hombres, y 28,7% mujeres. Dicho porcentaje es muy elevado —si se compara con el de Francia (9,8%), Alemania (10,2%), Bélgica (13,5%), Portugal (12,1%) o Italia (19,0%);, acercándose al de Grecia (32,8%)—, y castiga especialmente a las mujeres (OIT, Oficina Internacional del Trabajo, *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*, Tercera Edición, Ginebra, 2018, p. 90).

²⁵ <https://www.elsaltodiario.com/industria-textil/sumergidas> (accedido: 8-07-2019).

²⁶ Véase, *El Libro Verde de la Comisión Europea sobre sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros* (2010), Bruselas, 7.7.2010, COM (2010) 365 final, SEC(2010)830.

dificultar la jubilación anticipada, y establecer distintas fórmulas de envejecimiento activo que permitan compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo.

Estas reformas no han tenido en cuenta la realidad del trabajo femenino, con frecuencia penoso (es el caso, por ejemplo, de la actividad de las denominadas «kellys»²⁷, del trabajo al servicio del hogar familiar, o del de las cuidadoras profesionales de dependientes en domicilios y en establecimientos especializados) e inadecuado para ser desarrollado a una edad avanzada, ni las especiales dificultades que las mujeres de mayor edad encuentran para mantenerse en el mercado laboral por el efecto de la discriminación múltiple por razón de sexo y edad (Ferrando, 2018: 19-54).

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, aumentó la edad legal de jubilación de forma progresiva, desde los 65 a los 67 años. Conforme al vigente art. 205.1.a) LGSS, la edad general de jubilación son los 67 años; a tal efecto, la edad legal de jubilación se incrementará progresivamente a partir del 1 de enero de 2013, hasta exigirse 67 años en 2027, salvo para quienes en la fecha de la jubilación acrediten 38 años y seis meses cotizados o más, que podrán seguir jubilándose a los 65 años. Por razones ya explicitadas, pocas mujeres podrán acreditar las largas carreras de cotización exigidas para poder jubilarse a los 65 años, viéndose compelidas a hacerlo —cuando el mercado laboral se lo permita— a edades más avanzadas que los hombres; ya en la actualidad, sin haber agotado el periodo transitorio, la edad de jubilación efectiva de las mujeres (62,6 años) es ligeramente superior a la de los hombres (62,2 años)²⁸. Ahora bien, muchas mujeres no podrán mantenerse en sus puestos de trabajo a una edad avanzada; para ellas, el aumento de la edad legal de jubilación generará penalizaciones cuando, en el mejor de los casos, puedan jubilarse anticipadamente, y, en el peor escenario y más probable, resulten expulsadas del mercado de trabajo sin tener derecho a la pensión de jubilación contributiva, y quedando abocadas, en su caso, a la no contributiva, de reducida cuantía.

Las jubilaciones anticipadas fueron modificadas, sucesivamente, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, normas que endurecieron sus requisitos de acceso, sin tener en cuenta el impacto de género de las medidas adoptadas. Como resultado de los cambios introducidos, el requisito de carencia pasó de 33 años a 35 en la jubilación anticipada voluntaria (art. 208 LGSS), y de 30 a 33 en la involuntaria (art. 207

²⁷ Cfr. la STSJ Canarias de 5 de junio de 2018, y particularmente el voto particular emitido por la Magistrada Gloria Poyatos Matas.

²⁸ Instituto BBVA de PENSIONES: «Edad real y edad legal de jubilación no suelen coincidir. ¿En qué países se jubilan antes y en qué países después?», enero 2019, disponible en <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/edad-real-y-edad-legal-de-jubilacion-no-suelen-coincidir-en-que-paises-se-jubilan-antes-y-en-que-paises-despues.html> (accedido: 11-7-2019).

LGSS), computando a estos exclusivos efectos, «el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año», y sin contemplar expresamente el servicio social de las mujeres previsto en el Decreto de 11 de octubre de 1937. La omisión responde a una visión androcéntrica del Derecho que, certeramente, ha sido subsanada por la STS de 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017; Ponente: María Luisa Segoviano), dictada en unificación de doctrina²⁹, mediante la aplicación del criterio hermenéutico recogido en el art. 4 LOIMH; en esta resolución, se reconoce por primera vez el derecho de una mujer a computar el servicio social para acreditar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, admitiendo el TS respecto de este particular supuesto que «únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto —art. 208.1.b), último párrafo, de la LGSS— se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres»³⁰.

Por su parte, la edad que ahora se exige tener cumplida es, respectivamente, de dos y cuatro años inferior a la edad ordinaria de jubilación —es decir, 65 y 63 años—, en la jubilación voluntaria y en la involuntaria, con aplicación de coeficientes reductores por cada trimestre de antelación. Además, en la jubilación voluntaria, se impide el acceso a la misma si tras aplicar los coeficientes reductores el importe de la pensión resultara inferior a la pensión mínima que correspondiese, debiendo complementarse a mínimos, requisito restrictivo que, una vez más, podría discriminar indirectamente a las mujeres afiliadas al Régimen General de la Seguridad Social, al aplicarse a un número mucho mayor de mujeres que de hombres; duda jurídica que ha dado lugar a la Petición de decisión prejudicial presentada por el TSJ Cataluña el 20 de noviembre de 2019 [Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)/BT-(Asunto C-843/19)].

Es evidente que las reformas introducidas en la materia dificultarán tanto la jubilación anticipada voluntaria, como la involuntaria, convirtiéndolas en re-

²⁹ La sentencia recurrida fue la STSJ Cataluña de 15 de junio de 2017 (Rec. 2308/2017), y la de contraste la STSJ País Vasco de 11 de octubre de 2016 (Rec. 1821/2016). El TS casa y anula la sentencia recurrida, y confirma la de instancia, que reconoció a la demandante el derecho a la jubilación anticipada.

³⁰ Admite el Alto Tribunal que el criterio hermenéutico plasmado en el art. 4 de la LOIMH ha sido incorporado a otras sentencias de la Sala Cuarta, como: «Sentencia de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009, en la que a una trabajadora del RETA, se le computó como cotizadas, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta (DA 44.^a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS); sentencia de 26 de enero de 2011, recurso 4587/2009, concediendo pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género y sentencia de 13 de noviembre de 2019, recurso 75/2018, reconociendo el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria».

siduales, especialmente en el caso de las mujeres (Flor, 2016: 114). Llama, por ello, la atención la incorporación, como causa de la jubilación anticipada involuntaria, la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género, sin que, a este colectivo especialmente sensible, se le exonere —al menos parcialmente— del cumplimiento de los exigentes requisitos de acceso arriba señalados.

La falta de perspectiva de género también se aprecia en la anticipación de la edad de jubilación, mediante Decreto y a propuesta del Ministerio de Trabajo, prevista en el art. 206 LGSS para grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad. Resulta reprochable la masculinización de los sectores que actualmente se benefician de la jubilación a una edad reducida, entre los que se encuentran, sin ánimo exhaustivo, la minería, el trabajo en el mar, la actividad taurina o el trabajo ferroviario (Ballester, 2011: 74; Flor, 2016: 116-117), obviándose trabajos feminizados como los desarrollados por camareras de piso, trabajadoras al servicio del hogar familiar o cuidadoras profesionales de dependientes, sometidos todos ellos a elevados riesgos físicos derivados del sobreesfuerzo y, en ocasiones, a riesgos de carácter psicosocial y, en consecuencia, con altos índices de morbilidad.

En lo que se refiere al envejecimiento activo, son diversas las fórmulas que actualmente permiten compatibilizar el trabajo y la pensión de jubilación (Cavas, 2017: 75): jubilación flexible y parcial, con reducción proporcional de la pensión (arts. 213.1 y 215.3 LGSS); compatibilidad de la pensión, sin merma de su cuantía, con un trabajo autónomo que genere unos ingresos inferiores al importe del SMI (art. 213.4 LGSS); compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia —a tiempo completo o parcial— con percibo del 50% de la pensión mientras se mantenga la compatibilidad, siempre que la pensión se cause a partir de la edad ordinaria de jubilación y con un período cotizado que de derecho al 100% de la base reguladora —en el supuesto anterior, la pensión se percibe íntegra si el trabajo realizado es por cuenta propia y se tiene a una persona contratada— (art. 214 LGSS).

Las previsiones normativas citadas, pese a sus loables objetivos de fomentar el envejecimiento activo y de garantizar el sostenimiento del sistema —conforme al patrón diseñado por la Unión Europea—, plantean muchos interrogantes, sobre todo, en un contexto de crisis económica no del todo superada —y ahora agravada por la crisis desencadenada por el COVID 19—, con un nivel de desempleo alto, especialmente en el caso de mujeres y jóvenes. Resulta, ciertamente, sorprendente que se aspire a promover la compatibilidad de trabajo y pensión, pese a la dramática situación de desempleo juvenil —situado en el 30,5% en el último trimestre de 2019, según datos del INE— y la constatada dificultad de las personas mayores —quienes suelen ser utilizadas

como elementos de ajuste de las plantillas— para llegar a la edad legal de jubilación³¹.

El envejecimiento activo es adecuado para trabajos de carácter intelectual, puestos cualificados y/o de carácter directivo. No son estas las características que presentan profesiones feminizadas relacionadas con la limpieza o los cuidados, de carácter penoso, ni en general, las actividades de baja cualificación que muchas mujeres realizan en el sector servicios; en estos casos, de prolongarse la actividad laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, será por la necesidad de acreditar una carencia que todavía no se ha logrado, o de mejorar la cuantía de la pensión de jubilación. Ni que decir tiene que la fórmula de compatibilidad entre el trabajo y el 50% de la pensión estará vedada a muchas mujeres que no puedan acreditar una larga carrera de cotización.

3.3. Modificaciones restrictivas de las reglas de cálculo de la cuantía y pensiones de jubilación de las mujeres

Las leyes 27/2011, de 1 de agosto, y 23/2013, de 23 de diciembre, han introducido relevantes cambios en las reglas de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, dirigidas a reducir su importe, que, una vez más, inciden de forma negativa en las pensiones de jubilación de las mujeres. Dichos cambios han endurecido las reglas de cálculo de la base reguladora, y han supuesto la creación del factor de sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones (IRP).

Las nuevas reglas de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación han determinado que se tengan en cuenta las bases de cotización de los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (art. 209 LGSS)³², medida que se aplicará íntegramente cuando finalice su período transitorio en 2022. Son 25 años de cotización continuada (con anterioridad eran 15) que serán más difíciles de acreditar por parte de las mujeres, con carreras intermitentes y numerosas lagunas de cotización, por la asunción del rol de cuidados durante ese período, y, en ocasiones, por el desarrollo de trabajos en el ámbito de la economía informal.

En el caso de existencia de lagunas de cotización en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 % de dicha base mínima (art. 209.1.b LGSS), lo que mermará sensiblemente dicha base reguladora.

³¹ Téngase en cuenta que, según se reconoce en el *Libro Verde de la Comisión Europea*, cit., en Europa menos del 50% de la población sigue trabajando a la edad de sesenta años.

³² Reforma llevada a efecto por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, esta solución, no siendo óptima, siempre será mejor que la aplicable a las trabajadoras del RETA y del sistema especial de personas empleadas de hogar, a las que, injustificadamente, no se les extiende esta norma (arts. 318.d) y 256.7 LGSS), lo que contribuye a empeorar unas pensiones, ya de por sí mermadas, en ambos colectivos. Así, en el RETA, en marzo de 2020 la pensión de jubilación media femenina fue de 643,40 euros, frente a la masculina de 867,85 euros³³; por su parte en el sistema especial de personas empleadas de hogar (casi totalmente feminizado), la pensión media se sitúa en torno a los 500 euros (Sanz, 2018: 89).

Otra medida restrictiva adoptada ha sido el incremento gradual del número de años cotizados que se exigen para tener derecho al 100% de la base reguladora (art. 210 LGSS)³⁴, que, a la finalización del período transitorio establecido por la Disposición Transitoria 9.ª LGSS (2027), será de 37 años. Sin duda, pocas mujeres, de mantenerse las circunstancias actuales, podrán percibir una pensión equivalente al 100% de su base reguladora, pues, si bien la duración media de la vida laboral de las mismas es cada vez mayor, habiendo pasado de 24,2 años en el 2000, a 32,8 años en 2017, todavía están lejos de los 37 años exigidos. Menos dificultades, a tales efectos, tendrán los hombres, teniendo en cuenta que su promedio de años cotizado se viene manteniendo estable desde el año 2000, precisamente, en 37 años³⁵. Legislar sin perspectiva de género y tomando como referente al varón con largas carreras de cotización, permite que se produzcan efectos como el descrito, generadores de discriminación indirecta por razón de sexo, al impedir a más mujeres que hombres alcanzar el 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación.

El factor de sostenibilidad también es susceptible de contribuir a mermar las ya exiguas pensiones femeninas³⁶. Dicho factor es un instrumento automático que tiene como objeto ajustar las cuantías de las pensiones de jubilación en el momento de su cálculo, con la finalidad de que el importe total que perciba quien, en un momento determinado, acceda al sistema de pensiones, sea equivalente al que perciba quien se jubile con posterioridad teniendo una mayor esperanza de vida. Su aplicación estaba prevista a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2019; sin embargo, la LPGE 2018, dando respuesta al clamor social contrario al factor de sostenibilidad, ha retrasado su aplicación hasta que la

³³ http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/9d655ebf-e510-4d58-abcf-6add02e4b99a/REG3202003.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-9d655ebf-e510-4d58-abcf-6add02e4b99a-n4JYDZ2 (accedido: 8-04-2020).

³⁴ Medida materializada por la Ley 27/2011.

³⁵ Véase, ClosinGap, Women for a Healthy Economy: *Coste de oportunidad de la brecha de género en las pensiones*, Informe 3, abril, 2019, p. 28.

³⁶ Medida incorporada por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

Comisión del Pacto de Toledo alcance un acuerdo sobre la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema, y en todo caso, a una fecha no posterior al 1 de enero de 2023. Sin duda, la demora en la aplicación de la medida a la espera de que se adopte un acuerdo es una buena noticia, pero no resulta suficiente. La Comisión del Pacto de Toledo también deberá velar por que las medidas que se adopten para lograr la sostenibilidad del sistema no contribuyan a aumentar la brecha de género de la pensión de jubilación.

Por su parte, el Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones (IRP)³⁷, establecido en el art. 58 LGSS, vino a sustituir al IPC registrado en el mes de noviembre anterior. De acuerdo con la citada norma, las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva se incrementarán al comienzo de cada año en función del IRP previsto en la correspondiente LPGE. El IRP se calcula con arreglo a una fórmula matemática que pondera diversos factores relacionados con la situación de las cuentas de la Seguridad Social (relación entre ingresos y gastos, efecto sustitución...), no pudiendo resultar un incremento anual inferior al 0,25%, ni superior a la variación del IPC en el periodo anual anterior a diciembre del año de referencia más un 0,50%. En la práctica, se ha aplicado el incremento anual mínimo del 0,25%, generando un estancamiento de las pensiones que, una vez más, ha perjudicado de manera especial a las mujeres. Sin que se haya modificado el art. 58 LGSS, el IRP no se ha aplicado de facto en 2018, ni en 2019, ni en 2020, sino una fórmula de revalorización directamente ligada al IPC, que, todo parece indicar, se mantendrá en el futuro; esta medida, contemplada en la LPGE 2018, y prorrogada para 2019 y 2020, unida al incremento de las pensiones mínimas en un 3% en 2019 y un 0,9% en 2020) han contribuido a mejorar la cuantía de las pensiones de jubilación femeninas.

3.4. El impacto de género del recorte de la cuantía del complemento por mínimos

Conforme al art. 59 LGSS, para tener derecho al complemento por mínimos es preciso no alcanzar la cuantía mínima prevista cada año para la pensión contributiva de que se trate, demostrar carencia de rentas (no percibir rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente LPGE), y residir en territorio español.

Debido a la brecha salarial, la alta incidencia del trabajo a tiempo parcial, las intermitentes carreras de cotización, y al impacto de género de las últimas reformas, muchas pensiones de jubilación femenina no lograrán alcanzar la cuantía mínima y habrán de ser complementadas. Es significativo que, a principios del

³⁷ Medida introducida por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

año 2020, el 30% de las pensiones disfrutadas por las mujeres necesiten complemento a mínimos, frente al 17% de las pensiones masculinas³⁸. Estas cifras evidencian que el complemento a mínimos puede contribuir a dignificar la cuantía de las pensiones femeninas y garantizar su suficiencia con bastante eficacia³⁹, función, que tras la reforma de las pensiones de 2011 se ha visto devaluada.

La Ley 27/2011 modificó el régimen jurídico de los complementos para pensiones inferiores a la mínima, introduciendo elementos propios de las pensiones no contributivas (Errandonea, 2015: 78). El contenido de dicha reforma se contiene hoy en el art. 59.2 LGSS, donde se prevé que el complemento por mínimos no podrá, en ningún caso, «superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez».

La reforma, que refuerza la contributividad del sistema y limita el principio de solidaridad, constituye un ataque frontal a la garantía de suficiencia de las pensiones exigida por la CE (arts. 41 y 50), pues permitirá que personas que tengan derecho al complemento no alcancen la pensión de mínima establecida en la LPGE de cada año. La reforma genera un evidente impacto negativo de género, al ser las mujeres quienes perciben mayoritariamente dichos complementos.

4. Discriminación por razón de sexo en el régimen jurídico de la pensión de jubilación y doctrina del TJUE

4.1. La insatisfactoria regulación de la pensión de jubilación en el trabajo a tiempo parcial

a) *Una tortuosa evolución normativa*

Como se ha señalado, el 74 % del total del trabajo a tiempo parcial lo desempeñan trabajadoras, configurándose *de facto* esta modalidad contractual como un instrumento de conciliación familiar y laboral feminizado, a resultas de la asunción por aquellas del rol social de cuidados. La ocupación de trabajos a tiempo parcial por parte de las mujeres, en un porcentaje tan elevado, es uno de los factores determinantes de la menor cuantía de las pensiones femeninas, dado que, por lo pronto, tales trabajos generan salarios bajos y menguadas cotizaciones. Siendo así, el diseño del sistema de la protección social de esta modalidad contractual no resultará neutro, sino que impactará positiva o negativamente en el nivel de tutela que nuestro sistema de Seguridad Social dispense a las mujeres.

³⁸ <https://revista.seg-social.es/2020/03/06/la-mujer-en-la-seguridad-social-breve-radiografia-de-situacion/> (accedido: 27-3-2020).

³⁹ Y todo ello a pesar de que, paradójicamente, los hombres reciban complementos a mínimos más altos, por ser su cuantía más elevada cuando existe cónyuge a cargo.

La regulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial ha tenido una evolución tortuosa desde la década de los setenta del pasado siglo hasta la actualidad, sin que se haya escrito todavía el último capítulo en la materia. En los años setenta, el menor salario derivado de la jornada reducida no incidía en la cotización, ni en el nivel de protección, al cotizarse por bases tarifadas independientes de la retribución. Es el Estatuto de los Trabajadores de 1980 el que, con el objetivo de fomentar esta modalidad contractual reduciendo sus costes, establece el criterio de proporcionalidad puro, habiéndose de efectuar la cotización por los días u horas realmente trabajados. Criterio de proporcionalidad que, con algunos vaivenes, acaba trasladándose a la protección social, señalando la Disposición adicional 7.^a LGSS 1994 que, a efectos de determinar los periodos de cotización y la base reguladora de las prestaciones, se computarían exclusivamente las horas trabajadas. En lo que se refiere al cálculo de la carencia, este sistema fue declarado inconstitucional por la STC 253/2004, de 22 de diciembre; el TC consideró que dicho sistema, al exigir períodos mínimos de cotización más amplios, dificultaba, especialmente a las mujeres, el acceso a la protección social, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

La sentencia tuvo escaso impacto dado que el sistema ya había sido modificado por el Real Decreto-Ley 15/1998, que reformó la Disposición adicional 7.^a LGSS 1994. La nueva norma mantuvo el criterio de la proporcionalidad, pero introdujo correcciones tanto en materia de carencia como en cuanto al cálculo de la cuantía. Por lo pronto, para acreditar la carencia se computarían las cotizaciones en función de las horas trabajadas, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, para lo cual era preciso dividir entre 5 el total de horas efectivamente trabajadas; al cociente así obtenido se le aplicaría el coeficiente multiplicador de 1,5 —factor de corrección— para calcular el total de años cotizados. La base reguladora se calcularía conforme a las reglas generales; y el porcentaje aplicable a la misma vendría determinado por el número de años cotizados, calculados, conforme a la regla señalada.

El sistema de cómputo del período mínimo de cotización establecido en la Disposición adicional 7.^a LGSS 1994 fue declarado contrario al Derecho de la Unión Europea por la STJUE de 22 de noviembre de 2012, Caso Elbal Moreno (C-385/11), al incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo. El TSJUE interpretó que el criterio inducía a una doble penalización a quienes trabajan a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres: la exigencia de un mayor período de cotización, que se añade a la obtención de unas pensiones, razonablemente más reducidas a consecuencia de salarios y cotizaciones menores. Apenas cuatro meses después, la STC 61/2013, de 13 de marzo, siguiendo la línea marcada por el TJUE, declara inconstitucional la medida por vulnerar el principio de igualdad y generar discriminación indirecta por razón de sexo.

Tras la STC 61/2013, el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, y la Ley 1/2014, de 28 de febrero, modifican la regulación de la materia, mediante el diseño de una compleja fórmula hoy contenida en los arts. 245 y ss. LGSS (y nuevamente puesta en cuestión). De tal manera que, para la determinación de la carencia, se calculan los períodos en los que la persona trabajadora ha prestado servicios con un contrato a tiempo parcial, y a continuación se determina el «coeficiente de parcialidad» (porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la llevada a efecto por una persona trabajadora a tiempo completo comparable); el coeficiente se aplica sobre el tiempo en que se ha estado trabajando a tiempo parcial, para obtener el número de días que se consideran efectivamente cotizados. A este número de días se le suman los días cotizados a tiempo completo, a efectos de carencia. A continuación, se calcula el «coeficiente global de parcialidad», que es el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados, conforme a la regla anterior, sobre el total de días en alta de la persona trabajadora. El período mínimo de cotización exigido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. De este modo, la nueva fórmula adapta el período de carencia exigido al promedio de trabajo a tiempo parcial realizado por la persona trabajadora a lo largo de su vida laboral (Desdentado, 2019: 108).

En lo referente al cálculo de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido para calcular la carencia, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial. El porcentaje aplicable a la base reguladora se determinará conforme a la escala general, con una medida correctora aplicable a quienes acrediten un período de cotización inferior a quince años (con el incremento del coeficiente del 1,5); en este caso, «el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años»⁴⁰. El nuevo sistema facilita el acceso a la pensión de jubilación en el trabajo a tiempo parcial, al flexibilizar el requisito de carencia, pero asegura bajos importes, tanto por las reducidas bases de cotización acreditadas como por el sistema de cálculo de la cuantía (Cabeza, 2014: 2); por ello, estas pensiones, disfrutadas mayoritariamente por mujeres, son complementadas por mínimos (Espín, 2016: 23; Desdentado, 2019: 109). Una vez más, se evidencia el relevante papel que tales complementos puede desempeñar para garantizar la suficiencia de un alto número de pensiones femeninas.

⁴⁰ Art. 248.3, último párrafo, LGSS.

b) *Las sentencias TJUE de 8 de mayo de 2019 y TC 91/2019 de 3 de julio*

Cuando pudiera parecer que la regulación de la materia había quedaba definitivamente zanjada, la STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto Villar Láiz, C-161/18) volvió a plantear objeciones a la regulación de la materia, nuevamente, por no incorporar en su diseño una perspectiva de género, y por falta de proporcionalidad de las reglas de cálculo de la cuantía al reducir el importe de la pensión en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial.

En particular, el Tribunal de Luxemburgo ha resuelto que el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, ha de interpretarse en el sentido de que tal Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida, según la cual el importe de la pensión de jubilación contributiva de una persona trabajadora a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios y las cotizaciones correspondientes, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización —período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores.

Y, una vez más, la STJUE es seguida —con apenas dos meses de separación temporal— por la STC de 3 de julio de 2019. En esta resolución, el Alto Tribunal declara que es inconstitucional, nula y discriminatoria para las mujeres la diferencia existente, en el sistema de cálculo de la pensión de jubilación, para quienes trabajan a tiempo completo y parcial, al carecer de justificación objetiva y razonable. En la misma línea señalada por el TJUE, para el TC, «lo que no resulta justificado» es que se establezca una diferencia de trato entre ambos colectivos «no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un coeficiente de parcialidad que reduce el número efectivo de días cotizados». A juicio del TC, esa diferenciación no sólo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para quienes trabajan a tiempo parcial, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley, «sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos», lo que es constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo.

En tanto se produce la adaptación legislativa correspondiente, el Criterio de Gestión 17/2019 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, de 12 de agosto de 2019, partiendo de que la STC 91/2019 ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y» del apar-

tado 3 del art. 248 LGSS, ha establecido el siguiente criterio interpretativo provisional para la aplicación de la sentencia por parte de la entidad gestora:

1. La sentencia del TC incide únicamente en la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, no afectando al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.
2. La aplicación de la sentencia del TC conlleva que en aquellos supuestos en los que la persona trabajadora haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen en consideración los periodos en los que aquella hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada. Así pues, no se aplicará el coeficiente de parcialidad, debiendo calcularse la cuantía de la pensión de jubilación de acuerdo con el porcentaje que resulte conforme a la regla general.
3. La sentencia del TC surte efectos a partir del 12 de agosto de 2019, fecha de su publicación en el BOE. Queda preservada la cosa juzgada, así como las situaciones administrativas firmes.

4.2. El complemento por maternidad de las pensiones contributivas

a) *Análisis crítico del art. 60 LGSS*

Establece el art. 60 LGSS —tras la reforma llevada a efecto por la Ley 48/2015, de 29 de octubre—, con efectos del 1 de enero de 2016⁴¹, que «las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente», tendrán derecho a un complemento de pensión «por su aportación demográfica a la Seguridad Social», que se condiciona al cumplimiento de dos requisitos:

En primer lugar, ha de tratarse de madres que hayan tenido, al menos, dos hijos/as por naturaleza o adopción —queda excluido el acogimiento— antes del hecho causante de la prestación, lo que deja fuera del beneficio a los padres, así como a las madres con una sola hija o hijo, pese a que estas también han contribuido «demográficamente» al sostenimiento del sistema. No señala la norma

⁴¹ El Juzgado de lo Social no 26 de Barcelona (España) ha planteado Petición de decisión prejudicial el 26 de noviembre de 2019 [LJ/INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social)-(Asunto C-861/19)], sobre si se puede considerar que el complemento de maternidad una medida o acción positiva dirigida a lograr la igualdad material entre mujeres y hombres al amparo del art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en caso de respuesta positiva a la anterior cuestión, si se opone al principio de proporcionalidad al que debe someterse toda acción positiva la limitación temporal a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016.

que la criatura haya de nacer viva. Pese a ello, la STSJ Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre 2019 (Rec. 1311/2018, Ponente: Ignacio Duce Sánchez de Moya) así lo interpreta, en el entendimiento de que la finalidad de la previsión es el «sostenimiento del propio sistema de Seguridad Social y su viabilidad, mediante el nacimiento, cuidado, mantenimiento y educación de los hijos —nacidos o adoptivos— como hipotéticos y futuros integrantes del mismo». La resolución incluye un lúcido voto particular a cargo de la Magistrada Gloria Poyatos Matas —al que se adhiere la Magistrada Marina Mas Carrillo—, en el que se advierte que la norma, que tiene por finalidad compensar los históricos efectos negativos de la maternidad biológica —que incluye el embarazo, el parto, y el puerperio— en materia de Seguridad Social, no exige que la criatura haya nacido viva ni que haya vivido un tiempo determinado tras el parto, pues tal exigencia supondría «cosificar a las mujeres y protegerlas condicionalmente solo en los casos en los que produzcan hijos/as vivos/as».

Y, en segundo término, se exige que la mujer sea beneficiaria, en cualquier régimen del sistema, de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Se excluye del complemento la jubilación anticipada voluntaria —lo que ha sido considerado conforme a la CE por el TC⁴²— y la jubilación parcial, si bien, en este segundo caso, se asignará el complemento cuando se acceda a la jubilación plena. Asimismo, quedan fuera del beneficio las pensiones no contributivas.

El complemento por maternidad, al que se le reconoce la naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de la pensión un porcentaje determinado, en función del número de criaturas, según la siguiente escala: a) en el caso de dos hijos/as, un 5%; b) en el caso de tres, un 10%; y c) en el caso de cuatro o más, un 15%.

Dicho importe, que constituye la regla general, cuenta con tres excepciones: 1) Si a la trabajadora se le reconoce el derecho a percibir la pensión máxima antes de aplicar el complemento, percibirá la mitad de este; y, de alcanzar el importe de la pensión máxima aplicando únicamente parte del complemento, tendrá derecho a percibir el 50% de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. 2) En el caso de que la pensión no alcance la cuantía mínima, la misma se complementará conforme a lo establecido en el art. 59 LGSS, y sobre ese importe se aplicará el complemento por maternidad cuya cuantía será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada. 3) Y, finalmente, en el supuesto de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento

⁴² Véase, Auto del Pleno del TC, N.º 114/2018, de 16 de octubre de 2018 (Cuestión de inconstitucionalidad 3307/2018).

por maternidad solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: 1.º La pensión que resulte más favorable. 2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.

De la regulación expuesta se infiere que el complemento por maternidad constituye, como regla general, un reconocimiento a las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, «por su contribución demográfica» y siempre que, al menos, hayan tenido dos hijos/as. Se obvia, en todo caso, a las que sólo han tenido una criatura, en muchos casos forzadas por la situación económica familiar; así como a las que se vieron en la necesidad de abandonar sus trabajos para desarrollar en exclusiva el rol de cuidadoras —coincidentes, normalmente, con aquellas que no pudieron contratar servicios de cuidados externos por sus bajos salarios—, y no han tenido acceso a una pensión contributiva de jubilación por falta de carencia. Paradójicamente, sí se aplica el complemento a la pensión de viudedad que, si bien tiene carácter contributivo, no está vinculada al trabajo previo de la beneficiaria.

La medida es cuestionable pues, lejos de promover la igualdad y la corresponsabilidad entre ambos sexos —en la línea marcada por la normativa interna, internacional y de la Unión Europea—, supone un retroceso al asignar a las mujeres el rol de cuidadoras (Flor, 2016:124), premiándolas sólo a ellas por razón del nacimiento y el cuidado de menores, con exclusión de los padres. Además, la previsión entra en contradicción con el nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4 ET), que reconoce permisos iguales —de 16 semanas— e intransferibles a ambos progenitores, con la finalidad de impulsar la corresponsabilidad y superar el rol de género de cuidados. Y, en fin, la norma no garantiza que las mujeres que tuvieron que renunciar a sus trabajos para cuidar a sus hijos/s se beneficien de la medida (de hecho, no alcanza a beneficiarias de pensiones no contributivas), ni impide que tengan derecho a la misma aquellas mujeres que no vieron afectadas sus carreras de cotización por la crianza de sus hijos/as alcanzando las pensiones máximas.

De otro lado, la regulación del art. 60 LGSS no se aviene bien con la normativa de la Unión Europea, a la vista de algunos pronunciamientos del TJUE, como la sentencia de 29 de noviembre de 2001 (asunto C-366/99, Griesmar) que, en relación con el régimen francés de jubilación de personal funcionario que reconocía determinados beneficios sólo a las funcionarias por cada hijo/a, consideró que el mismo vulneraba el principio de igualdad de retribución al excluir de la bonificación establecida para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que podían probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as. Y, asimismo, no resulta coherente con el tenor de la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto 104/09, Roca Álvarez), que integra el principio de correspon-

sabilidad como criterio de interpretación en la adecuación de la normativa española al Derecho de la Unión Europea, respecto del permiso de lactancia; ni con el de la STJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-222/2014, *Maïstrellis*), que señala que un permiso parental condicionado, en el caso del padre, a que la madre trabaje puede contribuir a perpetuar un reparto roles entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental.

b) *La STJUE de 12 de diciembre de 2019*

A la vista de las dudas suscitadas por el art. 60 LGSS respecto de su conformidad con la normativa de la Unión Europea, algunos órganos judiciales elevaron cuestiones prejudiciales al TJUE. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Auto de 7 de diciembre de 2018 —Ponente: Gloria Poyatos Matas—⁴³, planteó al Tribunal de Luxemburgo si el complemento de maternidad, del que se excluye de forma absoluta e incondicional a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, es contrario al art. 157 TFUE y al art. 4.1. de la Directiva 79/77/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. Pocos meses antes, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Girona, mediante Auto de 21 de junio de 2018, había planteado una cuestión de prejudicial, en similares términos, en relación con un conflicto suscitado entre un pensionista de incapacidad permanente absoluta que reclamaba el complemento por maternidad y el INSS que había rechazado tal reclamación.

Es a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Girona a la que da respuesta la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18 WA/ Instituto Nacional de la Seguridad Social). El Tribunal de Justicia declara que 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 se opone a la norma española, ya que los hombres que se encuentren en una situación idéntica a la de las mujeres que perciben el complemento de pensión no tienen derecho al mismo. A juicio del Tribunal de Luxemburgo, la norma española concede un trato menos favorable a los hombres que hayan tenido al menos dos hijos/as biológicos/as o adoptados/as, trato desfavorable que es constitutivo de discriminación directa por razón de sexo, prohibida por la Directiva.

A este respecto, razona el TJUE que, en la medida en que la aportación demográfica a la Seguridad Social de los hombres es tan necesaria como la de las mujeres, esta circunstancia no puede justificar por sí sola que los hombres y las

⁴³ Rec. 850/2018.

mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión regulado en el art. 60 LGSS.

Las autoridades españolas aducen que el complemento fue concebido también como una medida destinada a reducir la brecha de género existente entre las pensiones de los hombres y las de las mujeres cuyas carreras profesionales se hayan visto interrumpidas o acortadas por haber tenido al menos dos criaturas, diferencias que se desprenden de numerosos datos estadísticos. En lo que se refiere a este objetivo, el TJUE admite que la norma española tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitoras; sin embargo —razona—, por un lado, se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de su prole. En este contexto, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y de los hombres no sería suficiente para llegar a la conclusión de que las mujeres y los hombres no se encuentran en una situación comparable en su condición de progenitores en relación con el denominado complemento de maternidad.

Según el TJUE, habida cuenta de las características del complemento por maternidad, este no está incluido en los supuestos en los que cabe una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo previstos por la Directiva, en su art. 4.2. Y, es que, en primer lugar, en lo tocante a la excepción relativa a la protección de la mujer por motivos de maternidad, la norma española no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. Y, en segundo término, por lo que respecta a la excepción que permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos/as y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a su educación, el TJUE pone de manifiesto que la norma española no supedita la concesión del complemento por maternidad a la educación de los/as hijos/as o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los/as mismos/as, sino únicamente a haber tenido al menos dos hijos/as biológicos/as o adoptados/os y al hecho de percibir una pensión contributiva.

Por último, el complemento controvertido tampoco está incluido en el ámbito de aplicación del art. 157 TFUE, apartado 4, el cual, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, permite a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras pro-

fesionales. Ciertamente, el denominado complemento por maternidad se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin aportar ninguna solución a los problemas a los que puedan tener que hacer frente durante su carrera profesional ni compensar las desventajas a las que puedan verse expuestas.

La STJUE evidencia —una vez más— la falta de adecuación de algunos aspectos de la normativa española de protección social respecto del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea. Una previsión bienintencionada, basada en la constatación estadística de los efectos de la maternidad y de la asunción por las mujeres del rol de cuidados en la brecha de género en materia de protección social, y que, ciertamente, ha beneficiado a más de 600.000 mujeres pensionistas, ha sido declarada directamente discriminatoria respecto de los hombres por no haber sido diseñada teniendo en cuenta las excepciones a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo previstas por la Directiva 79/77CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, quedando —como resultado— desactivado el efecto perseguido de reducir la brecha entre hombres y mujeres en la cuantía de las pensiones.

El TJUE podría haber dado un paso más para apreciar que la medida también afecta negativamente a las mujeres al fomentar la perpetuación del rol de género de cuidados, que está en la base de la brecha prestacional. La perspectiva de género de la que, en parte, adolece la STJUE sí se observa en la STSJ de Canarias de 20 de enero de 2020 —Ponente: Gloria Poyatos Matas, N.º de Recurso 850/2018—, dictada tras desistir este órgano judicial de la cuestión prejudicial planteada en diciembre de 2018 en relación con un asunto similar, y en la que, en aplicación de la jurisprudencia de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, se reconoce el complemento por maternidad a la pensión de jubilación de un padre viudo con cuatro hijos. Señala el TSJ de Canarias que «compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera profesional por las madres trabajadoras, por dedicarse a la crianza de sus hijos/as constituye un objetivo legítimo de política social, pero (...) suscita dudas interpretativas la total e incondicional exclusión de los padres, porque ello puede incentivar el abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as, fomentando la segregación de roles de género»; razonamiento al que el TSJ de Canarias añade el argumento de que el hecho de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos/as porque, en general, asumen esta tarea, «no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera».

Las consecuencias que se derivarán del tenor de la STJUE todavía son inciertas. Ahora bien, dado que será preciso llevar a cabo una modificación normativa, esta debería incluir; 1) un cambio de denominación de la medida, por

ejemplo: «complemento por nacimiento y cuidado de menor»; 2) la vinculación de la misma con los perjuicios ocasionados en la carrera de seguro de mujeres y hombres por el disfrute de permisos o excedencias, o la interrupción de la actividad laboral para atender a menores, lo que permitiría que, en la práctica, la medida fuera aplicada fundamentalmente a mujeres —que son las que mayoritariamente sufren lagunas de cotización o bases de cotización reducidas por tales motivos—, pero no impediría que la ventaja también se extendiera a los hombres que se encuentren en iguales circunstancias; 3) el reconocimiento del complemento a partir de la primera criatura (no sólo biológica o adoptada, sino también acogida); 4) la extensión del mismo a quienes no hayan podido acceder a las correspondientes pensiones contributivas por falta de carencia motivada por la dedicación a tales cuidados, y disfruten de una pensión no contributiva.

5. Breve referencia a las medidas compensatorias

Para reducir la brecha de género en la pensión de jubilación, se han establecido determinadas medidas correctoras, con efectos dispares. Se trata de acciones positivas que pretenden compensar las consecuencias negativas en las prestaciones sociales del disfrute mayoritariamente femenino de las medidas de conciliación (Martínez, 2017: 18), medidas que será necesario mantener mientras subsista la brecha prestacional, pero que habrá que gestionar con cautela para evitar que contribuyan a perpetuar el reparto de roles tradicionales, como ya se ha comprobado que sucede con el complemento por maternidad. Unas se encaminan a facilitar el cumplimiento del requisito de carencia y a la mejora de la cuantía y otras, específicamente, a incrementar la cuantía.

Entre las medidas que facilitan la carencia y mejoran la cuantía se encuentra, por una parte, el mantenimiento de la obligación de cotizar en determinados supuestos suspensivos del contrato de trabajo (art. 144.4 LGSS): riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento e incapacidad temporal. Y, por otra parte, la asimilación de determinados períodos de actividad a cotizados: 1) Los períodos de hasta tres años de excedencia por cuidado de hijo/a o menor tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, así como el primer año de excedencia para el cuidado de familiares (art. 237 LGSS). 2) Se reconocen 112 días de cotización asimilados por parto —se excluye la adopción y el acogimiento— y 14 días por cada hijo/a adicional, siempre que la beneficiaria —quedan excluidos los padres— no haya cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas de descanso o el tiempo que corresponda, desde una situación de actividad por cuenta ajena o propia (art. 235

LGSS). 3) Y, en fin, el art. 165.5 y 6 LGSS contempla otros periodos de inactividad asimilados a cotizados: el periodo de suspensión con reserva de puesto de trabajo previsto en el art. 48.8 ET, para supuestos de violencia de género; y el período por nacimiento y cuidado de menor que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.

Por su parte, las medidas dirigidas a mejorar la cuantía se pueden clasificar en cuatro grupos.

1. El complemento por maternidad de las pensiones contributivas (art. 60 LGSS), del que se ha hecho un análisis crítico más arriba.
2. Los beneficios por cuidados de hijos/as o menores (art. 236 LGSS y RD 1716/2012). El beneficio consiste en computar como periodo cotizado aquel en el que se haya interrumpido la cotización por la extinción de la relación laboral o la finalización del cobro de prestaciones por desempleo «entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación»; se excluyen, desafortunadamente, las personas trabajadoras autónomas⁴⁴, quienes tienen una mayor dificultad para compatibilizar la crianza con el trabajo (Rodríguez, 2016: 133). La norma contabiliza como tiempo cotizado un máximo de doscientos setenta días por cada hijo o hija o persona menor adoptada o acogida, con el límite de cinco años por persona beneficiaria. Son personas beneficiarias cualquiera de «los progenitores, adoptantes o acogedores», si bien, cuando ambas partes cumplan los requisitos sólo se podrá conceder a una de ellas, y en caso de desacuerdo, a la madre, aunque, habría sido más razonable atribuir el beneficio al progenitor o progenitora que, efectivamente, hubiera estado al cuidado de la persona menor (Ballester, 2013: 209; Aragón, 2018: 71), o, de forma general, a quien se encuentre en la situación descrita (Blázquez, 2018: 81-82), para superar los estereotipos de género vinculados a los cuidados.
3. Excepciones a las reglas generales respecto de la integración de lagunas:
 - a) En el período computable como cotizado en concepto de beneficio por cuidado de hijos/as o menores acogidos/as, la base de cotización a considerar estará constituida por el promedio de las bases de cotización de la persona beneficiaria correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores, y si no existieran, por el promedio de las bases de coti-

⁴⁴ El cese de la actividad por cuenta propia o de la prestación por cese de actividad no está contemplado, si bien se podrá acceder al beneficio «cualquiera que sea el régimen que reconozca la prestación» (art. 5.3 RD 1716/2012, de 28 de diciembre), incluido el RETA.

zación que resulten acreditadas (art. 9 RD 1716/2012, de 28 de diciembre). b) En el período de excedencia por cuidado de hijos/as y familiares la solución es idéntica (art. 7 RD 1335/2005, de 11 de noviembre). Si la excedencia hubiera estado precedida por una reducción de jornada *ex* 37.6 ET, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción (art. 237.4 LGSS).

4. Incremento hasta el 100% de la base de cotización que hubiera correspondido de no haberse producido la reducción de jornada en supuestos de reducción de jornada por cuidados, con diferente alcance temporal según el caso (art. 237.3 LGSS). Los supuestos contemplados son el cuidado de menor de 12 años, de persona con discapacidad que no pueda valerse por sí misma, el cuidado del lactante entre 9 y 12 meses, y el cuidado de hijos/as con cáncer u otra enfermedad grave. Con esta medida se pretende contrarrestar, al menos parcialmente, una de las causas de la brecha prestacional: la reducción de jornada por cuidados, determinante de que el 70 % del total del trabajo a tiempo parcial en España lo desarrollan mujeres.

6. Conclusiones

1. La gran diferencia entre sexos en materia de pensiones, cercana al 35%, es debida principalmente a la persistencia de dos brechas de género, la laboral y la de cuidados. La combinación de ambas trae consigo salarios más bajos, que dan lugar a bases de cotización más reducidas, y vidas laborales interrumpidas por un desigual reparto del trabajo de cuidados dentro la familia, elementos que se traducen en pensiones femeninas más exiguas; aspectos que determinan un mayor índice de pobreza femenina durante todas las etapas vitales.

2. Ahora bien, la brecha laboral y la de cuidados no son las únicas circunstancias responsables de la desigualdad entre sexos en materia de pensiones, resultando esta, en parte, también imputable al ordenamiento jurídico y a los órganos que lo interpretan y aplican. La falta de perspectiva de género en el diseño del sistema español de Seguridad Social ha quedado reflejada en distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han declarado discriminatorias algunas de sus normas; lo que no deja de resultar paradójico dado que ha sido la propia Unión Europea la que ha impuesto a España «recomendaciones» para la superación de los efectos de la crisis económica-financiera de 2008, que se han traducido en un endurecimiento de las reglas de cálculo o revalorización de las pensiones y en el retraso de la edad de jubilación, medidas que han perjudicado especialmente a las mujeres por ser sus trayectorias laborales intermitentes y precarias.

3. Las medidas dirigidas a retrasar la edad de jubilación hasta los 67 años, dificultar la jubilación anticipada, y establecer distintas fórmulas de envejecimiento activo que permitan compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo no han tenido en cuenta la realidad del trabajo femenino, con frecuencia penoso e inadecuado para ser desarrollado a una edad avanzada, ni las especiales dificultades que las mujeres de mayor edad encuentran para mantenerse en el mercado laboral por el efecto de la discriminación múltiple por razón de sexo y edad.

4. Dado que sus carreras de cotización son más exiguas, pocas mujeres podrán acreditar el largo período de cotización exigido para poder jubilarse a los 65 años, viéndose compelidas a hacerlo —si el mercado laboral se lo permite— a edades más avanzadas que los hombres. Para aquellas que no puedan mantenerse en sus puestos de trabajo a una edad avanzada, el aumento de la edad legal de jubilación generará penalizaciones cuando, en el mejor de los casos, puedan jubilarse anticipadamente, y, en el peor escenario, sean expulsadas del mercado de trabajo sin tener derecho a la pensión de jubilación contributiva.

5. La regulación de la jubilación anticipada voluntaria responde claramente a una visión androcéntrica del Derecho: 1) por no incluir el servicio social femenino —pero sí el servicio militar— a efectos de acreditar la carencia necesaria para acceder a la misma, previsión recientemente declarada discriminatoria por el Tribunal Supremo; 2) por impedir el acceso a la pensión si, tras aplicar los coeficientes reductores, el importe de la misma resultara inferior a la pensión mínima que correspondiese, requisito restrictivo que discrimina indirectamente a las mujeres al ser quienes perciben las pensiones más bajas; 3) y por prever como causa de jubilación anticipada voluntaria la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género, sin que a este colectivo especialmente sensible se le exonere —al menos parcialmente— del cumplimiento de los exigentes requisitos establecidos para el disfrute anticipado a la pensión.

6. La falta de perspectiva de género también se aprecia en los supuestos de anticipación de la edad de jubilación en trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre (minería, trabajo en el mar, actividad taurina, trabajo ferroviario), de los que han quedado excluidos trabajos feminizados como los desarrollados por camareras de piso, trabajadoras al servicio del hogar familiar o cuidadoras profesionales de dependientes, sometidos todos ellos a elevados riesgos físicos derivados del sobreesfuerzo y, en ocasiones, a riesgos de carácter psicosocial y con altos índices de morbilidad.

7. Conforme a las vigentes reglas de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, se tendrán en cuenta las bases de cotización de los 25 años inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (con anterioridad eran 15), más difíciles de acreditar por parte de las mujeres que por parte de los hombres. Resultarán especialmente perjudicadas las trabajadoras autónomas y

las empleadas de hogar, beneficiarias de las pensiones más bajas, a las que no se les extienden las reglas de integración de lagunas.

8. También discrimina indirectamente a las mujeres el incremento gradual del número de años cotizados para tener derecho al 100% de la base reguladora, que, a la finalización del período transitorio, será de 37. Si bien la duración media de la vida laboral de las trabajadoras ha aumentado, habiendo pasado de 24,2 años en el 2000, a 32,8 años en 2017, todavía están lejos de los 37 años exigidos, coincidentes —precisamente— con el promedio de años cotizados por los hombres. Asimismo, pueden contribuir a mermar las ya exiguas pensiones femeninas el factor de sostenibilidad y el Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones.

9. La limitación de la cuantía del complemento a mínimos constituye un ataque frontal a la garantía de suficiencia de las pensiones exigida por la CE, pues permitirá que personas que tengan derecho al complemento no alcancen la pensión de mínima vigente en cada momento. La medida posee, además, con un palmario impacto negativo de género, al ser las mujeres quienes perciben mayoritariamente dichos complementos.

10. Para reducir la brecha de género en la pensión de jubilación, se han diseñado distintas medidas correctoras encaminadas, con mayor o menor fortuna, a facilitar el cumplimiento del requisito de carencia y/o a mejorar la cuantía, pero sin incidir sobre la raíz de la desigualdad. En lo que se refiere, específicamente, al complemento por maternidad, lejos de promover la igualdad y la corresponsabilidad, supone un retroceso al asignar a las mujeres el rol de cuidadoras. Esta medida ha sido declarada directamente discriminatoria respecto de los hombres por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, por no haber sido diseñada teniendo en cuenta las excepciones a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo previstas por la Directiva 79/77CEE; como resultado de la sentencia, queda desactivado el efecto perseguido por la norma de reducir la brecha entre hombres y mujeres en la cuantía de las pensiones, por lo que la figura habrá de ser reformulada. A nuestro juicio, el TJUE ha olvidado apreciar que la medida también afecta negativamente a las mujeres al fomentar la perpetuación del rol de género de cuidados, que está en la base de la brecha prestacional.

11. Al sistema de pensiones español le está resultando extraordinariamente difícil diseñar una regulación de la pensión de jubilación en el trabajo a tiempo parcial que no discrimine indirectamente a las mujeres, como se infiere de distintas resoluciones del TJUE y del TC. Establecer períodos mínimos de cotización más amplios para quienes trabajan a tiempo parcial, fijar sistemas de cálculo de la carencia que introduzcan una doble penalización a estos colectivos o la falta de proporcionalidad de las reglas de cálculo de la cuantía que reducen el importe de la pensión en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial, son medidas que perjudican espe-

cialmente a las mujeres por ocupar mayoritariamente estos trabajos, resultando contrarias a la Constitución Española y al Derecho de la Unión Europea.

12. Llegados a este punto, es evidente que diseñar un sistema de pensiones con perspectiva de género no es una opción sino una exigencia constitucional, del Derecho internacional y de la normativa de la Unión Europea, de lo que habrá de tomarse buena nota de cara a futuras reformas normativas en la materia. Por ello, cuando la actual crisis sanitaria obligue a repensar el modelo económico-productivo y el sistema de protección social y, particularmente, el régimen jurídico de la pensión de jubilación, no deberá quedar relegado ni perjudicado —como en otras ocasiones— el 50% de la población. Para evitar que, una vez más, con motivo de una crisis, las mujeres se vean obligadas a replegarse en el ámbito privado, es preciso que Estados y empresas apuesten, más que nunca, por los cuidados y por la corresponsabilidad. Por ello, entre las grandes prioridades del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI deben situarse: el diseño de normas eficaces capaces de garantizar una equitativa redistribución de roles y responsabilidades en los ámbitos laboral y privado entre hombres y mujeres (Casas, 2019: 6), la dignificación del trabajo de cuidados, y el reforzamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

7. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (2018). «El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, 115, 71.
- APARICIO TOVAR, Joaquín (2015). «La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de Seguridad social», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33-2, 289.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2011). «Reformas en materia de protección social e impacto de género. Un estudio crítico», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 112, 74.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2013). *La prestación por maternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 209.
- BEARD, Mary (2018). *Mujeres y poder. Un manifiesto* (traducción castellana de Silvia Furió). Barcelona: Crítica, 13-51.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María (2018). «Seguridad Social y discriminación intersectorial: la edad y la discapacidad desde la perspectiva de género», en BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María (ed.), *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*. Madrid: Editorial Dykinson, 81-82.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2014). «Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 9, 2.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia (2019). «Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable», *Femeris*, Vol. 4-2. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/4761> (accedido 25-4-2020).

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2017). «Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015», *Revista de derecho de la seguridad social*, 13, 75.
- DESDENTADO AROCA, Eva (2019). «Contrato de trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. Análisis y reflexiones críticas tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo 2019», *Revista de Derecho Social*, 86, 108-109.
- ERRANDONEA ULAZIA, Elisabet (2015). «El Límite en la Cuantía de los Complementos por Mínimos: un Recorte en las Prestaciones Sociales de Cuantía Reducida», *Trabajo*, 33, 78. Disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12798/El-Limite.pdf?sequence=2> (accedido: 24-7-2019).
- ESPÍN SAEZ, Maravillas (2016). «El contrato a tiempo parcial, ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?», *Información Laboral*, 12, 109.
- FERRANDO GARCÍA, Francisca M.^a (2018). «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 427, 19-54.
- FERRANDO GARCÍA, Francisca M.^a (2020). «La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral», *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2, 1-23.
- FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa (2016). «Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad», *Revista de Derecho Social*, 76, 14-24.
- GARCÍA ROMERO, Belén (2019). «Retos pendientes en materia de igualdad: reducción del impacto de género en las pensiones de Seguridad Social», en SELMA PENALVA, Alejandra (ed.), *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI. Un análisis multidisciplinar*. Madrid: Dykinson, 82.
- JIMÉNEZ HIDALGO, Adoración (2018). «Juzgar con Perspectiva de Género en la Jurisdicción de lo Social», Ponencia impartida en las 2as. Jornadas Jurídicas de Derecho Laboral y Sindical del Gabinet Tècnic Jurídic de CCOO de Cataluña, sobre «La precariedad laboral: desigualdad y discriminación», Barcelona, 8 de noviembre del 2018. Disponible en <http://www.mujeresjuezas.es/2019/01/14/juzgar-con-perspectiva-de-genero-en-la-jurisdiccion-de-lo-social-novedoso-e-interesante-articulo-de-nuestra-socia-adoracion-jimenez-hidalgo/> (accedido: 11-4-2020).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2016). «La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de Derecho Social*, 76, 39.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2020). *El enjuiciamiento de género*. Madrid: Dykinson, 11-155.
- MARTÍNEZ GARCÍA, María Luisa (2017). «Maternidad y discriminación de las mujeres en el empleo», *Anales de Derecho*, Vol 35-2. Disponible en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/295781> (accedido: 10-4-2020).
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2020). «Brechas de género y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, 3, disponible en <https://revistas.um.es/igual/article/view/386571> (accedido: 16-4-2020).
- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, Francisco Miguel (2016). «Balance de las reformas en materia de jubilación durante las dos legislaturas de la crisis económica (2008-2015) al hilo de las recomendaciones europeas», *Revista de derecho de la seguridad social*, 6, 135.

- POYATOS MATAS, Gloria (2019). «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, 2, disponible en <https://revistas.um.es/iqual/article/view/341501> (accedido: 14-4-2020).
- RODRÍGUEZ EGÍO, María Monserrate (2016). *Hacia un trabajo autónomo decente*. Albacete: Editorial Bomarzo, 133.
- SANZ SÁEZ, Concepción (2018). «La discriminación en contra de las empleadas de hogar como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples», *Revista de Derecho Social*, 83, 89.
- SIGNORINI, Elena (2020). «Un análisis con perspectiva de género de las pensiones en Italia», en LOPEZ ANIORTE, M.^a Carmen y GARCÍA ROMERO, Belén (ed.), *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, Aranzadi, Pamplona, 1-13.
- SMART, Carol (1994). «La mujer del discurso jurídico», en Larrauri, Elena (ed.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España Editores, 173.

LA DOCUMENTACIÓN DE LAS DIETAS COMO REQUISITO PARA SU DEDUCCIÓN DE LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

*Documentation of travel expenses and allowances as a requirement
for deduction from the Social Security contribution*

FRANCISCO VIGO SERRALVO*

Universidad de Málaga, España

RESUMEN

En estas líneas afrontamos una cuestión bastante concisa y de eminente carácter práctico: la relativa a la forma de acreditar el carácter extrasalarial de los importes abonados en concepto de dietas para poder deducirlos de la cotización a la Seguridad Social. Sobre este preciso particular existe hoy día disparidad de criterios en el seno de nuestra doctrina judicial contencioso-administrativa. Desde el punto de comunión que es la presunción de salariedad de todas las percepciones abonadas en el marco de una prestación de servicios laborales, la escisión se produciría entre aquellas salas de apelación que estiman que para desmontar tal presunción se requiere una prueba inequívoca de la realidad y el importe del gasto soportado por el trabajador, y aquellas otras que dictaminan que tal obligación probatoria se satisfaría al demostrar la realidad del desplazamiento, presumiendo que, ocurrido este, se habrán generado se suyo los correspondientes gastos de movilidad, manutención y, en su caso, pernocta. En este trabajo, tras exponer sumariamente el marco jurídico de referencia, nos acercaremos a este debate judicial, analizaremos las dos posturas que en este coexisten y mostraremos la incidencia práctica que tendría la prevalencia de un criterio u otro.

Palabras clave: Dietas, asignaciones, cotización, Seguridad Social, prueba.

ABSTRACT

In these lines we face a rather concise and eminently practical question: the way of accrediting the extra-salary nature of the amounts paid in diets to be able to deduct them from the Social Security contribution. On this particular point today there is a disparity of criteria within our contentious-administrative judicial doctrine. From the point of communion that is the presumption of salary of all the perceptions paid in the framework of the provision of labor services, the split would take place between those appeal rooms that consider that to dismantle such presumption an unequivocal evidence of reality is required and the amount of the expense borne by the worker, and those others that dictate that such evidentiary obligation would be satisfied by demonstrating the reality of the displacement, assuming that, once this has occurred, there will be the corresponding expenses for mobility, maintenance and, in its case, stay. In this work, after summarizing the legal framework of reference, we will approach this judicial debate, we will analyze the two positions that coexist in this and we will show the practical incidence that the prevalence of one criterion or another would have.

Keywords: Travel expenses, allowances, contribution, Social Security, evidence.

* **Correspondencia a:** Francisco Vigo Serralvo. Facultad de Estudios Sociales, Av. Francisco Trujillo Villanueva, n.º 1, Despacho 3-78, 29010-Málaga (España) – fv@uma.es – <https://orcid.org/0000-0003-0437-1565>

Cómo citar: Vigo Serralvo, Francisco. (2020). «La documentación de las dietas como requisito para su deducción de la cotización a la Seguridad Social»; *Lan Harremanak*, 43, 156-174. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21731>).

Recibido: 18 mayo, 2020; aceptado: 21 mayo, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

El título que se escoge para este artículo quizás resulte expresivo de la vocación de concisión que lo mueve, estando dirigido a tratar de clarificar —en la medida que la normativa y la doctrina judicial así lo permite— una cuestión bastante precisa: la relativa a la forma de justificar documentalmente por parte de la empresa los gastos y suplidos en los que ha incurrido el trabajador en el desempeño de su labor para exonerarlos de su cotización a la Seguridad Social. Para acotar más el interrogante de partida, diremos que lo que aquí buscamos determinar es: 1) si la empresa está obligada a documentar —v.gr. mediante tickets o facturas— el importe de las dietas abonadas cuya deducción de la base de cotización a la Seguridad Social pretende; o si, por el contrario, 2) bastaría únicamente con probar —de cualquier forma válida en Derecho— la realización del desplazamiento que generó el devengo de la dieta, abonando al trabajador un importe fijo —normalmente determinado por la negociación colectiva— y quedando este deducido de la base de cotización siempre que se encuentre comprendido dentro de los márgenes normativamente exentos de cotización.

A tal cuestión, que puede parecer doctrinalmente menor, le atribuimos no obstante cierta relevancia práctica, especialmente para ciertas actividades económicas, como la del transporte de mercancías o personas, en las que el importe de estos conceptos puede llegar a alcanzar volúmenes considerables. Obsérvese que decantarnos por una u otra forma de documentación conlleva para las empresas importantes diferencias de gestión burocrática. Cada una de estas opciones incorporan además sus respectivas ventajas e inconvenientes. La segunda de las alternativas expuestas, la que solo exigiría acreditar la existencia del desplazamiento, resulta mucho más flexible para empresas y, también, no se puede negar, para los trabajadores, en la medida que estos quedan exonerados de conservar la documentación de sus gastos en misión y de informar de los mismos a su empleador. Esta opción sin embargo no garantiza una perfecta coincidencia entre el gasto real y el importe en concepto de dietas deducido de la cotización. La otra de las alternativas expuestas sí supera este déficit de transparencia en la medida que solo admite la deducción de aquellos importes cuya realidad se acredite fehacientemente, aunque para ello imponga a las empresas una prolija gestión documental y exija una rendición de cuentas por parte del trabajador más exhaustiva.

Habiendo así dos intereses en liza, flexibilidad de gestión y transparencia en la cotización a la Seguridad Social, la opción por la que apriorísticamente deberíamos decantarnos bien sería la que garantiza de mejor modo el segundo de estos, en la medida que afecta a la eficacia de la acción recaudatoria que, como es sabido, es una cuestión de orden público. El tema sin embargo presenta algunas aristas. En este sentido, encontramos en la negociación colectiva disposiciones que establecen que el derecho al devengo de las dietas nace con el mero despla-

zamiento, sin necesidad de acreditar la realidad del gasto y su importe. En multitud de ocasiones, el convenio colectivo aplicable obliga al empresario a abonar unos importes fijos en concepto de dietas en función del tipo de desplazamiento que el trabajador realice, sin poder supeditar dicho abono a la acreditación documental del desembolso por parte de este. El empresario así no puede exigir al operario ningún tipo de resguardo o factura demostrativa de los gastos en los que habría incurrido para proceder a su compensación. Obviamente, en estos casos, la empresa no estará en disposición de acreditar fehacientemente la realidad e importe de dicho gasto ante la Tesorería de la Seguridad Social y, por tanto y de seguir el primero de los criterios enunciados, no podría deducirlo de la base de cotización.

En lo que sigue trataremos de desgranar los elementos normativos esenciales de esta controversia y comprobar cómo la misma ha sido tratada judicialmente. Adelantamos desde un inicio que existe sobre esta particular disparidad de criterios en el seno de nuestra doctrina forense, generándose una indeseable situación de inseguridad jurídica que afecta negativamente a la gestión económico-administrativa ordinaria de las relaciones laborales.

2. Aclaración terminológica

Con carácter previo a exponer los que aquí nos incumbe debe efectuarse una breve precisión terminológica e indicar qué estamos entendiendo aquí por *dietas*. Y es que, si bien en un registro ordinario la voz dieta opera como sinónimo de manutención¹, en la jerga jurídica —y, más concretamente, en la iuslaboralista— este término ha adquirido un significado más amplio, comprensivo de diferentes elementos más allá de los propiamente alimenticios. En efecto, aunque la multivocidad con la que la normativa se refiere a las dietas impide tratar esta figura como un concepto jurídico determinado², puede decirse que en su uso más extendido subsume los diferentes importes compensa-

¹ Así, en la segunda de las acepciones de la RAE se define la dieta como el «conjunto de sustancias que regularmente se ingieren como alimento».

² Como botón de muestra de esta imprecisión semántica podemos referirnos al uso del término dieta que se hace *Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero*. Aunque luego nos volveremos a referir a esta norma, ahora solo señalamos que algunas veces utiliza el término dieta para referirse a los gastos estrictamente alimenticios, y en otras ocasiones para abarcar todos los tipos de gastos que se generan durante el desplazamiento, inclusive los de locomoción y estancia. Así, su art. 9 se intitula «dietas y asignaciones para gastos de locomoción y gastos normales de manutención y estancia». El uso de la copulativa «y» sugeriría que las dietas son una figura autónoma del resto de asignaciones que allí se mencionan. Sin embargo, en otros preceptos, como el art. 45.1.1.º, se refiere a las «dietas por manutención», y en otros, como el art. 75.3.a, distinguirá entre «dietas y otros gastos de desplazamiento».

torios que la empresa abona al trabajador en razón de los gastos en los que este incurre cuando desempeña su labor fuera del lugar de trabajo habitual³. Así, en estas páginas vamos a emplear el término dieta para referirnos a las asignaciones de manutención, alojamiento y estancia abonadas por el empresario al trabajador cuando este es desplazado, siempre que el desplazamiento obedezca al desempeño de servicios laborales y tenga carácter coyuntural, *id est*, no permanente o definitivo⁴. La justificación teleológica de esta figura conectará así estrechamente con el rasgo de ajenidad en los riesgos y en los medios que caracteriza las relaciones laborales ordinarias, imputando al empresario todos aquellos gastos generados por el devenir de la actividad empresarial. Tomando una definición clásica pero vigente de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo contenida en su sentencia núm. 932/1967 de 6 de febrero, cabría caracterizar a la dieta como:

Aquella retribución de carácter irregular que se debe al productor cuando para la prestación de su servicio ha de trasladarse a lugar distinto al del habitual trabajo o de su residencia, como compensación a la mayor dificultad o incomodidad en la tarea o al perjuicio económico que sufra por tener que estar y permanecer fuera de su casa, lo que supone un quebrantamiento en la economía familiar, con independencia de los gastos de traslado y suplidos abonables.

3. Régimen jurídico y planteamiento de la controversia

No es este estudio sobre el régimen jurídico de la cotización a la Seguridad Social de las percepciones extrasalariales. Sobre tal extremo estimamos que existen trabajos que ofrecen análisis muy solventes —sobre todo aquellos de carácter técnico, como los mementos⁵ y las guías institucionales de la Seguridad

³ Por ello se ha entendido que es necesario para el devengo de las dietas la existencia de un centro de trabajo habitual, requisito que se vería incumplido en aquellos contratos de temporales de obra y servicio determinado. En tal sentido, sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Cataluña (sección 2.ª) núm. 219/2005, de 16 febrero (JUR 2005\172904) y Andalucía, Sevilla (sección 2.ª) núm. 1050/2013 de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2014\49346). Como en este mismo sentido ha señalado la doctrina científica: «Se entiende, en definitiva, que no concurre uno de los requisitos consustanciales al concepto de dieta, cual es, la necesidad de un desplazamiento temporal del centro de trabajo habitual a otro distinto, puesto que con carácter general la obra o servicio determinado tienen una radicación física concreta del lugar de prestación de servicios, es decir, un centro de trabajo fijo». Llompart Bennassar (2019: 91).

⁴ «Si el trabajador es contratado desde el principio para prestar servicios en un concreto centro de trabajo o si, habiendo sido contratado para un centro, es desplazado definitivamente a otro distinto, no tiene derecho a percibir dietas por desplazamiento, puesto que no hay desplazamiento alguno». STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia de 9 marzo 2016 (JUR 2016\62048).

⁵ Aquí se usa como referente el *Memento Salario y Nómina 2020* (AAVV), Francis Lefebvre, 2020, (versión electrónica), marginales 5250 a 5254.

Social⁶—. No obstante lo anterior, sin mover la vista de la cuestión que nos proponemos clarificar, conviene introducir algunas líneas en las que nos refiramos someramente a ciertos preceptos normativos ineludibles.

En lo que aquí nos atañe, el aspecto más relevante de su configuración jurídica será su exclusión de la base de cotización a la Seguridad Social como consecuencia de su ya señalado carácter extrasalarial o indemnizatorio. Así se encarga de enunciarlo el artículo 147.2.b del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (de aquí en adelante, LGSS) al afirmar que quedan excluidas de la base de cotización «las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto [...] así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia». Se trata, en todo caso, de una exclusión limitada, en la medida que esta misma disposición, *in fine*, remite a la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para determinar los importes que estarían exentos de cotización. Esta técnica de norma en blanco o de remisión se reproduce sin alteraciones en el art. 23.2 del *Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social* (en lo que sigue, RCSS). Si acudimos a la norma a la que nos remiten sendos preceptos, *id est*, al *Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo* (RIRPF, en adelante) comprobaremos que la excepción de gravamen de los gastos de desplazamiento, manutención y pernocta aparece limitada a unos determinados importes. A título ilustrativo, y dejando al margen algunos supuestos especiales relativos al personal público y trabajadores destinados en el extranjero, los importes máximos que en concepto de dietas quedarían excluidos de tributación por IRPF —y por ende, de cotización a la Seguridad Social— serían los siguientes:

- Para los gastos de locomoción, dependerá de si el desplazamiento se ha efectuado o no en transporte público. En el primer caso estará exento el total del importe del gasto que se justifique mediante factura o documento equivalente (art. 9.2.a RIRPF). Si se ha efectuado en cualquier otro medio de transporte la cantidad exenta se limitará a 0,19 euros por cada kilómetro recorrido (art. 9.2.b RIRPF).

⁶ A título ejemplificativo, podemos remitir a la *Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* —NIPO: 854-19-094-8, Título XIV...— «Derechos y deberes en relación con la Seguridad Social», epígrafe 28.6, cotización (última actualización de contenido el 9 de mayo de 2019). Accesible en http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_28_6.htm (último acceso el 10 de mayo de 2020).

- Sobre los gastos de pernocta o estancia, quedará exento el importe que se justifique, teniendo en cuenta en el caso de los conductores de vehículos dedicados al transporte de mercancías por carretera esta necesidad de prueba no se da cuando los gastos de estancia no excedan de 15 euros diarios, si es un desplazamiento intranacional, o de 25 euros diarios, si corresponden a desplazamientos al extranjero (art. 9.3.1.º RIPRF).
- En lo que a gastos de manutención se refiere los importes fluctuarán en función de si se trata de un desplazamiento que ha exigido pernocta fuera del domicilio del trabajador o no. En el primero de los casos, las cantidades en concepto de manutención exentas de gravamen ascienden a 53,34 euros diarios, si corresponden a desplazamiento dentro del territorio español; o 91,35 euros diarios, si corresponden a desplazamientos a territorio extranjero (art. 9.3.1.º RIPRF). En el segundo de los casos, en aquellos que se produce la pernocta domiciliaria, los importes de manutención exentos de gravamen se limitan a 26,67 o 48,08 euros diarios, según se trate de desplazamiento dentro del territorio español o al extranjero, respectivamente (art. 9.3.2.º RIPRF).

Como decíamos, según los arts. 147.2.b LGSS y 23.2 LCSS, todo abono en concepto de dietas que se enmarque dentro de esos límites quedará excluido de la base de cotización del trabajador. *A contrario sensu*, huelga aclarar, sí formará parte de esta base de cotización el exceso sobre dichos topes. Es decir, en aquellos casos en los que, habiéndose devengado el derecho a dieta, esta se abone en un importe superior a los límites indicados, solo sería la cantidad que exceda de tales límites la que estaría sujeta a cotización —también a tributación por IRPF, aunque eso aquí nos resulte más intrascendente⁷—.

⁷ Aprovechamos para señalar, a modo de *excursus*, que la cuestión de la documentación de las dietas también ha generado un importante debate en el ámbito tributario. Allí se discutía quién era el obligado a acreditar la realidad de las mismas para proceder a su deducción en la base del IRPF del trabajador que las percibió; si tal obligación documental incumbía al empresario o al obligado tributario, *id est*, al trabajador. Aunque los términos de dicho debate se separan de la cuestión que nos ocupa, guarda con este tema cierta conexión en la medida que incide en las obligaciones de gestión documental que deben efectuar las empresas que abonen este tipo de suplidos. Esta discusión ha sido resuelta muy recientemente por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, núm. 96/2020 de 29 de enero 2020 (Rec. 4258/2018) estimando será la empresa la responsable de conservar tal documentación y exhibirla ante una eventual inspección fiscal. Así se lee en su Fundamento Jurídico 5.º: «Prescindiendo del caso concreto, en general, la prueba de la no sujeción corresponde acreditarla al contribuyente. Pero descendiendo al caso concreto que nos ocupa, se debe alterar la regla general de la carga de la prueba, puesto que conforme a las obligaciones formales legalmente impuestas al retenedor-pagador [...], pues no corresponde al empleado probar la realidad de los desplazamientos y los motivos o razón de los gastos de manutención, y la Administración para su acreditación debió dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar la realidad de que las cantidades abonadas al empleado por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, motivado o por razón del desarrollo de su actividad laboral». Para un mayor abundamiento sobre los términos de ese debate *vid.* Banacloche Palao (2020).

Debemos por otro lado señalar un aspecto de esta regulación que será crucial para la cuestión que nos ocupa: ninguno de estos preceptos, ni los arts. 147.2.b y 23.2 LCSS, ni el art. 9 RIPRF al que aquellos nos derivan, recogen la obligación de documentar la realidad del gasto ocasionado, con la salvedad del desplazamiento en transporte público, la pernocta de los profesionales ajenos al transporte por carretera, o la de estos transportistas cuando el gasto por dicho concepto supere los límites indicados. La única exigencia de documentación que se contiene en la precitada normativa se refiere a la necesidad de «acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo» (art. 9.3.a RIPRF *in fine*). Nada se dice, sin embargo, sobre la necesidad de probar el importe del gasto ocasionado. Los límites que allí se estipulan incorporarían, por decirlo así, una presunción de veracidad del gasto acometido una vez que el hecho objetivo que lo justifica —el desplazamiento— sí ha quedado constatado. Intuimos que en la fijación de aquellos límites se han tomado en consideración los precios de mercado y que de esta forma se persigue operar un descargo burocrático sobre el contribuyente al tiempo que se limitan las posibilidades de fraude. Dicho esto, en la medida que la normativa sobre cotización a la Seguridad Social nos remitía en integro a la normativa rectora del IRPF, sin incorporar ningún aditamento sobre prueba o documentación de las dietas, solo cabría extrapolar a ese ámbito lo ya dicho y entender que, con las excepciones antes expuestas, la deducción de las dietas de la base de cotización de la Seguridad Social no exige el soporte documental de estas, sino solo el del desplazamiento que las origina. Esta apreciación, como decíamos, es trascendente y sobre ella volveremos al final.

Dejando consignada esta idea, toca ahora acudir al otro régimen normativo relevante para la cuestión que nos ocupa, el relativo al devengo del derecho a las dietas, que ha sido desarrollado mayormente a través de la negociación colectiva. En efecto, en la legislación laboral general solo encontramos una referencia lacónica a las dietas para afirmar su ya sabido carácter metasalarial (art. 26.2 ET). La autonomía colectiva cuenta así con amplios márgenes de maniobra para estipular los aspectos más minuciosos de su configuración, como puede ser la modalidad de abono —pecuniaria o en especie— sus importes mínimos y máximos, así como las obligaciones documentales por parte del trabajador. Para lo que a nosotros aquí nos concierne, bastará decir que el Tribunal Supremo ha estimado que son admisibles dos formas de hacer satisfacer el derecho a la dieta, ora compensando los gastos acreditados por el operario previa presentación de la correspondiente factura o cualquier otra documentación acreditativa, ora estipulándose cantidades a tanto alzado vinculadas a la concurrencia del hecho objetivo que es el desplazamiento (Sala Cuarta del Tribunal Supremo, sentencias de 2 de octubre de 2007, RCUd núm. 92/2006, RJ 2007\8886; y de 3 de febrero de 2016, RCUd núm. 143/2015, RJ 2016\933). Siendo ambas modalidades de gestión legítimas, el establecimiento de una u otra es una decisión libre para los agentes negociantes.

Huelga aclarar que cuando las disposiciones convencionales sobre las dietas se ajustan a la primera de las metodologías descritas, en la medida que la empresa habrá necesariamente recopilado previamente del trabajador la documentación acreditativa del gasto para proceder a su compensación, esta tendrá plena posibilidad de acreditar la realidad del gasto y su importe ante una eventual actuación inspectora. Esta mayor facilidad probatoria, ya hemos dicho, tiene por contrapartida una intensificación notable de las labores de gestión burocrática en las empresas. También, al menos esa es nuestra percepción, esta forma de operar incide más inquisitivamente en la esfera personal del trabajador, al exigirle un informe constante sobre aspectos de su sueldo no estrictamente esenciales para el desarrollo de la actividad productiva. En cualquier caso, es claro que cuando se regula de esta forma, cuando el convenio supedita el devengo de la dieta a la previa acreditación documental por parte del trabajador, la cuestión que analizamos se torna irrelevante en la medida que la empresa estará en disposición de acreditar no solo la existencia del desplazamiento, sino la realidad e importe de los gastos derivados del mismo que han sido compensados al trabajador⁸.

La controversia se dará por tanto cuando el convenio colectivo, en aras de una mayor flexibilidad, exonera al empresario y al trabajador de la llevanza de una documentación fehaciente de los consumos efectuados por el trabajador, disponiendo que el derecho a dietas se genera con la mera concurrencia del desplazamiento. Esta es sin duda la opción más seguida por la negociación colectiva. Un ejemplo relevante, por la actividad que regula, es el *II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera*, del año 2012⁹. Este,

⁸ A través del espiguelo superficial efectuado por distintos acuerdos colectivos de ámbito estatal, concluiríamos que los que optan por esta forma de compensación de las dietas son ciertamente escasos. En lo que hemos indagado, podemos referir el *Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022)*, cuyo artículo 29 incorpora el siguiente tenor literal: «Los gastos que el personal tenga que realizar por necesidades de la empresa, tales como comidas, dietas, pernoctaciones, desplazamientos, etc. serán compensados por ésta y por las siguientes cantidades mínimas: —Kilometraje en vehículo propio: según tablas anexas. —Pernoctaciones y dietas: por el importe de la factura según las normas internas de cada empresa, en su caso». En algunos casos, esta posibilidad de compensar las dietas se incorpora como una opción facultativa para la empresa. Así y como botón de muestra, el *Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022*, que al final de su art. 40 estipula: «Las empresas podrán elegir entre abonar la cuantía de las dietas fijadas en este convenio o abonar los gastos efectivamente ocasionados al trabajador por el desempeño de sus servicios fuera del centro de trabajo». En este mismo sentido, y como último ejemplo, el artículo 41 del *Convenio colectivo estatal de perfumería y afines* contempla que «las empresas podrán sustituir el sistema de dietas por un sistema de gastos pagados, siempre y cuando los importes a reembolsar sean iguales o superiores a los especificados en el párrafo anterior para las dietas, en cuyo caso las personas trabajadoras vendrán obligadas a justificar todos los gastos efectuados en el viaje o desplazamiento».

⁹ Al margen de este, existen otros muchos ejemplos. Como indicábamos en la nota anterior, concluiríamos que la práctica totalidad de acuerdos colectivos optan por esta segunda forma de retribución. A título enunciativo pueden mencionarse el *VIII Convenio colectivo estatal del corcho*

en su art. 38 reconoce el derecho a la dieta «al personal que por causa del servicio se vea obligado a almorzar, cenar o pernoctar y desayunar fuera de la localidad de su domicilio y de la de prestación habitual de su servicio». Es cierto que más adelante este mismo artículo faculta a los convenios colectivos de ámbito inferior a «fijar las circunstancias concretas que darán derecho al percibo de dietas», pero muchos de ellos no introducen ninguna alteración en lo tocante a su constancia documental. Tomando como ejemplo el *Convenio del transporte por carretera de Málaga* —que nos puede resultar particularmente más afín— la única concreción sobre el régimen jurídico de las dietas que introduce (art. 39) se refiere a los importes de las mismas, que se concretan en sus tablas salariales y que estarían en todo caso por debajo de los máximos exentos de cotización que se recogían, por remisión, en el art. 9 RIPRF y que antes hemos extractado parcialmente¹⁰.

Cierto es, debemos precisar, que las más de las veces este tipo de disposiciones convencionales no incorporan una exoneración explícita del deber de documentar la realidad del gasto. Sin embargo debe entenderse que, al no hacerse ninguna mención a tal extremo, no podría el empresario imponer unilateralmente sobre el trabajador este deber en la medida que ello supondría un trato más desfavorable que el dispensado por la norma negociada. Así al menos lo ha resuelto la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo (sección 1.ª) en sentencia núm. 523/2017, 16 de Junio de 2017 (RJ 2017\3056). Incursionando ligeramente en su supuesto litigioso, en este se discutía si la empresa podría exigir de los trabajadores la justificación documental de los gastos de manutención y pernocta cuando la norma convencional no lo preveía expresamente. Concretamente la regulación paccionada aplicable —art. 23.B.2 del *CXIII Convenio de Flota*— reconocía unos importes fijos en concepto de dietas previstos para «la imposibilidad, en el caso de los tripulantes de lanchas de salvamento cuando éstas realicen navegaciones, de regresar al puerto base por razón de los servicios, varadas o reparaciones, para realizar la comida o la cena o pernoctar en el domi-

(art. 37.1), el *Registra y publica el VI Convenio colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales* (art. 28); el *Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria* (art.25); el *XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad* (art. 30) o el *Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas del año 2019* (art. 61). Algunos convenios, como el *estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida*, optan por una solución híbrida, fijando un límite de dietas cuyo devengo se produciría sin ningún tipo de acreditación documental, con la posibilidad de exigir una compensación mayor «previa presentación de los justificantes pertinentes» (art. 25).

¹⁰ Existen otros convenios que, más explícitamente, cuantifican el importe de las dietas reñitiéndose a los importes reglamentariamente exentos de tributación en el IRPF. En este sentido, puede citarse el *Convenio colectivo de BR Obra Pública S.L. del año 2020*, que en su art. 20 *in fine* estipula que «las dietas o medias dietas se percibirán siempre con independencia de la retribución del trabajador y en la hoja salarial del mes siguiente al de su acacimiento, estableciéndose su importe en el que la normativa tributaria y de Seguridad Social marque como exento en cada momento».

cilio particular, debiéndolo hacer fuera del puerto base». Ninguna precisión se hacía sobre la necesidad o no de acreditar por parte de los trabajadores la realidad e importe de este tipo de los gastos, salvo para el caso de que el desembolso real fuese superior a los importes reconocidos en la norma convencional, en cuyo caso «el Patrón al mando de la unidad afectada deberá explicar los motivos que han dado lugar a este gasto». El Alto Tribunal confirma la sentencia recaída en suplicación que concluía que «tanto la literalidad del precepto como el análisis de los actos coetáneos y posteriores muestran la intención de las partes de que basta con la pernocta fuera del domicilio por razón del servicio para justificar la dieta». Añadiendo —y esto es una apreciación relevante para cuanto nos ocupa— que «el carácter extrasalarial de la dieta no implica que su devengo esté siempre supeditado a la justificación del gasto, con cita de la STS de 1 de julio de 2010 (Rec. 2881/2009)».

El Tribunal Supremo no se pronunció en aquella ocasión —no constituía objeto de litigio— sobre la deducción o no de los importes *dietéticos* así abonados. No obstante, de su resolución solo cabría inferir, a nuestro particular parecer, que las empresas podrían operar tal desgravación sin necesidad de acreditar documentalmente los gastos indemnizados en concepto de dietas, y ello por la sencilla razón de que carecen, según resuelve el Tribunal Supremo, de potestad alguna para exigir tal documentación al trabajador. Siendo más precisos, es dable concluir que cuando el convenio colectivo impide —explícita o implícitamente— exigir esta documentación al trabajador como requisito para indemnizarle en los gastos soportados durante sus desplazamientos, la empresa podría deducir tal importe de la base de cotización sin necesidad de proporcionar a la Administración su soporte documental, siempre y cuando, huelga precisar, el importe estipendiado se corresponda a lo fijado en el convenio colectivo y se ubique por debajo de los límites excluidos de cotización ex art. 23.2 LCSS (con la remisión hecha al art. 9 RIRPF). Esto, aclaramos, es una valoración propia que se separará, sin embargo, del criterio más extendido en la doctrina judicial. Luego abundaremos en ello.

El parecer de la Administración en esta cuestión, sobre la necesidad o no de documentar la realidad y el importe de los viáticos que se pretenden eximir de cotización, es ciertamente ambiguo. En un primer momento, en la *Instrucción Técnica (Criterio Técnico) n.º 41/2005 de 18 de enero de 2.005 de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social*, admitió que las empresas de transportes de mercancías no tendrían que acreditar la realidad de dichos gastos mediante facturas y la Inspección de Trabajo no deberá solicitar tal justificación a efectos de validar su exclusión de la base de cotización a la Seguridad Social. Tal criterio fue sin embargo ulteriormente, el 10 de septiembre de 2007, matizado por dicha Dirección General mediante contestación a consulta, para estimar que la ITSS tendría en todo caso la posibilidad de «solicitar con carácter general a la empresa cuanta documentación precise para hacer la comprobación, y más

cuando detecte indicios de fraude [...]. El desplazamiento ha de justificarse en todo caso. Por los gastos de manutención no es necesario presentar justificación si no superan el límite señalado, pero, teniendo carácter compensatorio, ha de prestarse atención a que no oculten salarios, pues en tal caso podría producirse una situación de fraude de ley. Así, si bien con carácter general no procede exigir justificación de los gastos de desplazamiento, sí han de examinarse cuando existan indicios de fraude de ley»¹¹. La Administración se muestra así ambivalente: Al tiempo que afirma que el empresario no deberá conservar la documentación acreditativa del importe de las dietas para deducirlas de la cotización, advierte que si la ITSS infiriese cualquier indicio de fraude, el empleador debería estar en condiciones de acreditar documentalmente la realidad de los gastos indemnizados y excluidos de la base de cotización. De esta forma, y reducido a los más simples términos prácticos, la administración inspectora en modo alguno ha aclarado si el empresario tiene la obligación legal de recabar y conservar el soporte documental de los suplidos abonados a sus trabajadores.

4. Disparidad de criterios en la doctrina judicial

Como ya he adelantado, sobre este particular existe cierta escisión en el seno de la —impropiamente llamada— jurisprudencia menor. Existiendo conformidad al estimar la presunción de salariedad de las percepciones abonadas en el marco de la prestación de servicios¹², y que, por tanto, la deducción de estas percepciones en la base de cotización exige probar su carácter indemnizatorio, la disparidad de criterios se dará entre: 1) Aquellas Salas o secciones que estiman que tal carga probatoria exige acreditar, además de la existencia del desplazamiento, la realidad e importe del gasto deducible. 2) Aquellas otras que estiman que la exigencia probatoria se limita a la existencia del elemento objetivo —en este caso el desplazamiento— que origina el derecho al suplido, cabiendo presumir la existencia del gasto, que será deducible siempre que se encuentre comprendido en los límites reglamentarios que denantes han sido señalados.

Como contextualización previa, aunque quizás ociosa, quisiéramos precisar que el supuesto litigioso típico que ha excitado los pronunciamientos aquí traí-

¹¹ La cita la tomamos del FJ.º 3.º de la STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), núm. 1630/2019 de 22 mayo (RJCA 2020\77).

¹² Como tiene señalado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 26 de julio de 1996, Sección 4.ª, (RJ 1996\6361) y 17 de abril de 1998, Sección 4.ª, (RJ 1998\3064), es necesario por parte de la empresa acreditar que las retribuciones invocadas como extrasalariales corresponden a alguno de los conceptos excluidos de cotización social, no sólo nominativa sino efectivamente, en la medida que opera una presunción «iuris tantum» de que todo lo que el trabajador percibe del empresario es salario, convenido como contraprestación del trabajo realizado y, por tanto, sometido a cotización».

dos será el de la impugnación de resoluciones coordinadas de liquidación y sanción emitidas por la Tesorería General de la Seguridad Social como respuesta a una supuesta infracotización. Esta última se habría producido al haber la empresa excluido de la base de cotización el importe abonado en concepto de dietas aun careciendo del soporte documental que testimoniase su existencia e importe. Estimaba la administración actuante que en tal caso la deducción resultó improcedente, generándose así un déficit en la cotización y en consecuencia una infracción punible. Precisamos de añadidura —aunque ya sea sabido por quien nos lee— que tales controversias son dirimibles en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el cual tiene atribuido el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten sobre la acción recaudatoria de la Seguridad Social en virtud del art. 3.f de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* —en sentido negativo— y del art. 2.c de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* —en sentido positivo y genérico—¹³.

4.1. Pronunciamientos que dictaminan la obligación de acreditar documentalmente la realidad del gasto y su importe

Aquellas sentencias que sostienen el primero de los criterios expuestos invocan el carácter retributivo que se presume *iuris tantum* en todas las percepciones abonadas en el marco una prestación laboral de servicios. A su vez, aluden a la naturaleza *ius cogens* de la normativa recaudatoria de la Seguridad Social, que impone obligaciones no disponibles ni negociables entre sujetos particulares. De este modo, al tiempo que entienden que la deducción de la dietas exige un respaldo probatorio sólido, descartan que esta exigencia pueda ser enervada por un eventual acuerdo colectivo que exonere al trabajador de aportar tal documentación al empresario. A mayor abundamiento, las sentencias que se adhieren a esta posición invocan la presunción de certeza de la que gozan las actas giradas por la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social ex art. 23 de la actual *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*.

¹³ Tal atribución competencial, si se nos permite apostillar una valoración subjetiva, resultaría en alguna medida censurable. Tratando de justificar esta opinión, aunque en modo alguno constituye el objeto de este estudio, creemos que existen argumentos para atribuir el conocimiento de esta concreta materia litigiosa a los órganos del orden social de la Jurisdicción. Así, puede aludirse a la mayor especialización de los órganos de este orden jurisdiccional en la normativa laboral y de Seguridad Social que aquí resulta de aplicación. También puede indicarse que, en la práctica profesional, tales asuntos entran dentro de las competencias propias de los graduados sociales y los abogados laboristas. Los primeros no están habilitados legalmente para actuar como representantes técnicos en el orden contencioso administrativo. Para los segundos, la actuación en este ámbito supone la asunción de las normas rituarías de un orden jurisdiccional por el que transitan de manera infrecuente. Sobre los posibles motivos que justifican la actual opción legislativa y sobre los alegatos para traspasar el conocimiento de estos asuntos al orden social de la Jurisdicción *vid.* Pérez del Blanco, Gilberto (2009: 21).

Una sentencia que expresa elocuentemente estos razonamientos puede ser la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, núm. 83/2009 de 9 febrero (JUR 2009\191444)). En esta se lee:

[A]unque la naturaleza cotizable o no de las cantidades que se reflejan en el concepto discutido de dietas y desplazamientos no es un hecho directamente observable por el inspector o controlador laboral, sí que es una conclusión a la que se puede llegar en base a la documentación comprobada por aquél. Así, ante la constatación fáctica por parte de la Inspección de una cotización por bases inferiores a las procedentes por parte de la empresa, fundada en la visita girada a la sede de la empresa y en el examen de la documentación que ésta presenta en distintas comparencias en las oficinas de la Inspección, correspondía a la recurrente aportar al proceso las pruebas de descargo suficientes para acreditar que las cantidades abonadas a los trabajadores relacionados en el acta bajo el concepto de «dietas» correspondían realmente a desembolsos efectuados por los referidos trabajadores por gastos de manutención y alojamiento y reintegrados en su importe por la empresa, únicos conceptos que el artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social excluye de la base de cotización, y tal prueba no ha sido aportada. En efecto, no se pone en duda el desplazamiento de los trabajadores a distintas localidades para la realización de las obras, pero no se han presentado facturas, recibos o billetes de medios de transporte o incluso del repostaje de combustible que, conforme a la doctrina jurisprudencia citada, justifiquen la efectividad del desplazamiento —pueden haberlo hecho con vehículos de la propia empresa— ni de los gastos efectuados por los trabajadores en cuanto a su manutención, tales como facturas de restaurantes u hoteles. FJ.º 4.º.

Sin ninguna vocación omnicompreensiva, como otros exponentes de este criterio judicial, pueden mencionarse las sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha (Sección 1.ª núm. 723/2001 de 24 octubre (JUR 2001\294994)); del TSJ de Cataluña, (Sección 2.ª), núm. 184/2004 de 25 febrero (JUR 2004\118405); del TSJ P. Asturias (Sección 1.ª), núm. 157/2006, de 23 de junio (JUR 2006\24858); del TSJ de C. Valenciana, Sección 2.ª, núm. 3/2009 de 5 enero (JUR 2009\130362); del TSJ de Andalucía (Sección 1.ª) Sevilla, de 30 septiembre 2009 (JUR 2010\8828); de esta misma Sala (Sección 2.ª), núm. 541/2014 de 5 junio (JUR 2014\225683); de la Audiencia Nacional (sección 4.ª) de 11 marzo 2015 (JUR 2015\105079); del TSJ de Andalucía, Málaga (Sección 1.ª), núm. 1585/2015 de 16 junio (JUR 2015\221853) y del TSJ de Madrid (Sección 3.ª) núm. 18/2016 de 29 enero (JUR\2016\77966). El siguiente verbatim es de la última de ellas:

Sin embargo, como ya hemos señalado, la prueba de que los abonos dinerarios responden a los conceptos excluidos de las bases de cotización, compete directamente a la parte empresarial actora. Es verdad que una justificación documental de estas características implica una gran carga administrativa, pero no es menos cierto que la

contundencia de la normativa aplicable no deja margen a otras posibilidades, por lo que, en definitiva, no se trata de cuestionar la actividad de la empresa o la realidad de la necesidad de desplazamientos, sino de que resulta necesaria la correspondiente acreditación concreta e individualizada por parte de la empresa, sin que pueda admitirse, por lo tanto, utilizar por analogía, el método de estimación indirecta previsto en el artículo 53 de la Ley Tributaria. FJ.º 3.º.

Analizando este último razonamiento, apreciamos que la prueba que se exigiría para proceder a la desgravación de las dietas en la cotización puede llegar a ser, según qué casos, diabólica. Y es que, aun en el supuesto de que la empresa hubiese recopilado diligentemente todos los tiquets y resguardos de los gastos soportados por sus trabajadores en sus desplazamientos, tal documentación sería ineficaz para demostrar que estos gastos efectivamente han sido soportados por el operario en cuya base de cotización va a practicarse la deducción. A ello se refiere *obiter dictum* la sentencia recién extractada cuando descarta «la validez de la documentación aportada por la empresa al limitarse a simples notas y tickets sin la necesaria vinculación concreta, lo que hace imposible su control y constatación de su veracidad, así como el cumplimiento del requisito de que se trata de un servicio distinto en centro diferente o si es que ha sido éste [el trabajador] quien ha soportado el gasto» (FJ.º, 3.º). De esta forma, el TSJ madrileño acoge el criterio de la ITSS que desacreditaba el material probatorio aportado por la mercantil demandante en la medida que «se limitan a simples notas y tickets sin vincular cada uno de ellos a un trabajador, fecha y servicio concreto, con lo que se hace imposible su control y constatación de su veracidad, así como el cumplimiento del requisito de que se trata de un servicio distinto en centro de trabajo diferente al habitual del trabajador, si es que ha sido éste quien ha soportado el gasto, circunstancia absolutamente desconocida» (AH, 2.º). En nuestra opinión la rigidez y onerosidad probatoria que se impone con este criterio judicial generaría no pocas disfuncionalidades prácticas, aunque sobre esto nos referiremos al final.

4.2. Pronunciamientos que limitan la necesidad de prueba a la realidad del desplazamiento

En cuanto a los pronunciamientos que se adhieren al segundo de los criterios que exponíamos más arriba, los encontramos concentrados sobre todo en la producción de la Sección 2.^a¹⁴ de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía de Andalucía, Málaga. Concretamente en sus sentencias núm. 1996/2013, de 30 de julio (JUR 2014\133530); núm. 1825/2018, de 19 sep-

¹⁴ Conviene aquí señalar la concreta sección de la que emana esta línea doctrino-judicial en la media que, como vimos, en esta misma Sala del TSJ andaluz, Málaga, conviven posturas enfrentadas sobre este particular. Así, en sentido contrario, señalábamos más arriba la STSJ de Andalucía, Málaga (Sección 1.^a), sentencia núm. 1585/2015 de 16 junio (JUR 2015\221853).

tiembre (JUR 2019\114468) y núm. 1630/2019, de 22 mayo (RJCA\2020\77). Extractando la más reciente de todas ellas:

[E]l punto nuclear de la cuestión a resolver, que según se dijo no es otra que determinar si las cantidades que se entregaban a los trabajadores, conductores de la entidad hoy apelante, no vienen necesitadas de prueba documental alguna para poder ser calificadas como dietas pues en cuanto a su totalidad así lo establece el Convenio Colectivo y la Instrucción Técnica 41/05 y en todo caso con respecto al límite establecido por el Reglamento del Impuesto sobre la Renta, el art. 9 del mismo, el motivo debe ser parcialmente estimado y ello porque, partiendo del hecho de que la empresa recurrente se dedica al transporte de mercancías dentro y fuera de la provincia de Málaga, así como los desplazamientos tanto dentro como fuera de la provincia de Málaga, lo que resulta acreditado por documental propuesta a la par que no se niega frontalmente de contrario, al establecerse en el art. 9-3-A del R.D. 439/07 (RCL 2007, 664) del Impuesto sobre la Renta en las Personas Físicas, que no es preciso justificar documentalmente los gastos de manutención y estancia de los conductores de vehículos de motor en un desplazamiento por razón de trabajo, lo cual en cierto modo es lógico pues una vez que consta la realidad del servicio, va de suyo que tenga que realizarse gastos de manutención y estancia, no puede negarse la realidad de la dieta como tal pues ello supondría contravenir lo dispuesto en dicho precepto. FJ.^a 3.^o.¹⁵

En términos más concisos, la sentencia núm. 1996/2013, de 30 de julio, dictada en recurso de apelación 676/2012 (JUR 2014\133530) dictamina que «no es preciso justificar documentalmente los gastos de manutención y estancia de los conductores de vehículos de motor en un desplazamiento por razón de trabajo, lo cual en cierto modo es lógico pues una vez que consta la realidad del servicio, va de suyo que tenga que realizarse gastos de manutención y estancia».

Precisamos que en estos pronunciamientos la sección segunda del TSJ andaluz, sede de Málaga, asume la existencia de una línea doctrino-judicial mayoritaria que se separa de su particular razonamiento, línea de la cual conscientemente discrepa para mantener una posición interpretativa desde un inicio coherente.

¹⁵ Si bien, recalca este tribunal, «dicha innecesariedad probatoria no puede alcanzar a la totalidad de lo consignado y entregado como dicta pues la excusión probatoria viene limitada a las cantidades establecidas en dicho precepto, no pudiendo argüirse en su contra que el Convenio Colectivo lo permite pues como se razona en la resolución impugnada, la regulación de las cuestiones relativas a la Seguridad Social quedan fuera del ámbito del Convenio Colectivo no siendo en consecuencia posible que a su través pueda conculcarse la normativa reguladora de la misma; máxime cuando versa sobre una cuestión atinente a la carga o exención probatoria, por todo lo cual y en orden a la liquidación el recurso ha de ser parcialmente estimado».

5. Valoración de cierre

En el momento en el que se acaban estas páginas aún no ha recaído sobre el tema analizado ningún pronunciamiento nomofiláctico por parte del Tribunal Supremo. No obstante lo anterior sí conocemos que fue admitido un recurso de casación para la unificación de la doctrina —el núm. 7692/2018— mediante auto de la Sala Tercera del TS (Sección 1.^a), de 29 abril 2019 (JUR 2019\144853). Este recurso fue promovido por la Tesorería de la Seguridad Social en impugnación de la precitada STSJ de Andalucía de Andalucía, Málaga Sala de lo Contencioso Administrativo (sección 2.^a) núm. 1825/2018 de 19 septiembre (JUR 2019\114468). Según se lee en el razonamiento jurídico primero del auto admisorio del Tribunal Supremo: «la cuestión mencionada presenta el interés necesario para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la misma, toda vez que, existen pronunciamientos de otros órganos judiciales, sobre cuestiones sustancialmente iguales, que son contradictorios».

A la espera de ese pronunciamiento que proporcione mayores dosis de seguridad jurídica, y si acaso antes de cerrar este estudio cupiese nuestro parecer particular, diríamos que de las dos posiciones judiciales enfrentadas será la segunda de ellas —según el orden en que han sido expuestas—, la mantenida por la sección 2.^a de la Sala contencioso-administrativa del TSJ de Andalucía, Málaga, la que nos parece más ajustada a Derecho, al sentido común y también a principios elementales de justicia material.

Si la estimamos más acorde a Derecho es debido a que las disposiciones rectoras de la materia, según nosotros las interpretamos y según decíamos *supra*, no incorporan ninguna obligación de justificar documentalmente el importe los viáticos como requisito para su deducción de la base de cotización. Recordemos que sobre este particular la normativa recaudatoria de la Seguridad Social remitía *in integrum* a las disposiciones tributarias sobre la deducción de las dietas en el IRPF. En este ámbito vimos que el art. 9.3.a) RIPRF *in fine* solo imponía la obligación de «acreditar el día y lugar del desplazamiento, así como su razón o motivo». Si en la regulación de la acción recaudatoria de la Seguridad Social no se ha establecido ninguna particularidad específica, estimamos que la doctrina judicial que exige el soporte documental sobre la realidad del gasto está imponiendo *ex novo* deberes jurídicos no previstos en la norma. Contra esto que decimos podría rebatirse que tal exigencia probatoria que aprecian los tribunales tendría encaje legal, tal y como se encargan de señalar las distintas sentencias de apelación, en la presunción de salariedad de las percepciones emanadas del contrato de trabajo. Sin embargo, descartamos la validez de ese alegato en la medida que nosotros, admitiendo la vigencia de tal presunción, estimamos que la prueba necesaria para desmontarla viene ya estipulada en la norma y se limita a la acreditativa de la realidad del desplazamiento. La exigencia de cualquier prueba adicional a esta obedecería a una interpretación menoscabadora de los

intereses del ciudadano que carece de soporte en legal, aunque ello es un razonamiento subjetivo que muy respetuosamente se expone a efectos de mera discusión académica.

Por otro lado, desde una perspectiva ahora de sana crítica y de justicia material, estimamos que a esta forma de gestión documental de las dietas podrían plantearse varias objeciones, a saber: 1) En primer lugar la onerosidad —desmesurada en según qué ámbitos— que implica para la empresa la llevanza de un registro documental de todos los gastos de manutención de sus trabajadores. 2) En segundo término, la mayor fiscalización de la actividad de los operarios que introduce sobre aspectos que son escindibles del núcleo esencial de la prestación de servicios. En cuanto a la primera deficiencia, no es solo que tal recopilación documental sea más o menos ardua; es que la misma podría llegar a ser diabólica si, como han planteado algunos TSJ, con ella debiera acreditarse la correspondencia nominal de todos los gastos cuya deducción se pretende en la base de cotización de cada trabajador. Según se ha señalado, no sería suficiente con conservar los tíquets o resguardos que de ordinario expiden los servicios de restauración, sino que debería obtenerse un documento que demostrase quién es el sujeto que efectúa el consumo. Ello en algunos casos es, sencillamente, imposible de conseguir (*v.gr.* los productos adquiridos en máquinas expendedoras) y, en otros, algo laborioso. Además, mediante esta operatividad se estaría desincentivando opciones tan legítimas y extendidas empíricamente como la elaboración de comidas en el ámbito doméstico para su ulterior consumo durante el desplazamiento. En estos casos, sería muy difícil concretar el importe de la manutención que debería ser suplido por la empresa, pues no se podría segregar su precio del conjunto de los alimentos adquiridos para el ámbito familiar e, igualmente, no quedaría indemnizado el tiempo invertido en su preparación.

Por último, la exigencia del refrendo documental para la deducción de las dietas genera una disfuncionalidad patente en aquellos casos en los que el convenio colectivo de aplicación exonera al trabajador de cualquier obligación en tal sentido. En estos supuestos, mayoritarios en la práctica de la negociación colectiva, el empresario queda obligado al pago de la dieta sin poder exigir al operario los tíquets, resguardos o facturas acreditativos de las mismas. De esta manera debe abonar unas asignaciones extrasalariales cuya deducción de la cotización a la Seguridad Social le estaría vedada. Expondremos lo aporético de esta situación mediante la ejemplificación: Imagínese que en estos casos el empresario rehusase el pago de la dieta ante la falta de acreditación documental por parte del operario de los gastos que este ha soportado. La postura del empresario se fundaría en la imprescindibilidad de tal documentación para poder desgravar estos suplidos de la cotización. Si el trabajador, renuente a cumplir la exigencia patronal, acudiese a un juzgado de lo social reclamando el abono de las dietas, el juez, en recta aplicación de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS, condenaría de seguro a la empresa al abono de las mismas. Nos encontraríamos así con una

sentencia que ha declarado el derecho del trabajador al percibo de las dietas. Y ahora séanos permitido formular dos preguntas quizás retóricas: ¿Podría en este supuesto la Administración cuestionar la realidad y el importe de tales dietas cuyo abono ha sido impuesto judicialmente? ¿Es acaso necesario excitar esta litigiosidad para que la empresa proceda a la legítima deducción de estos importes?

Llegados a este punto, creemos que todos estos inconvenientes expuestos quedan satisfactoriamente resueltos admitiendo la forma de gestión validada por la Sección 2.^a de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía, Málaga. Es decir, presumiendo que durante ciertos desplazamientos se generarán de suyo gastos *dietéticos*, cuya veracidad no es dable cuestionar por el hecho de que se abonen unas cantidades fijas previamente negociadas, siempre que estas se enmarquen dentro de los límites reglamentariamente estipulados. Insistimos en que operando de este modo no se exonera a las empresas de toda actividad probatoria para deducir las dietas de la cotización a la Seguridad Social; lo que ocurriría es que esta actividad debería limitarse a advenir la realidad del desplazamiento, en el entendimiento de que, concurriendo ese elemento objetivo, la existencia de gastos de manutención va de suyo. Además, las posibilidades desfalco estarían parcialmente capadas en la medida que los límites pecuniarios exentos de cotización están tasados reglamentariamente y se ajustan a unos precios de mercado moderados.

6. Bibliografía

- AA.VV. (2020). *Memento Salario y Nómina* (versión electrónica). Francis Lefebvre, marginales 5250 a 5254 (último acceso el 12 de mayo de 2020).
- GARCÍA BECEDAS, Gabriel (1975). «La dieta en la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Central de Trabajo», *Jurisprudencia Social*, núm. de 1975, 151-217.
- LLOMPART BENNÀSSAR, Magdalena (2019). *La cotización a la Seguridad Social*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto (2009). «La representación técnica por graduado social en España tras la Ley 13/2009 de la Oficina Judicial», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho procesal y Arbitraje*, 3, 1-28.
- BANACLOCHE PALAO, Carmen (2020). «La carga de la prueba de las dietas por desplazamientos, exentas en el IRPF (Análisis de la STS de 29 de enero de 2020, rec. núm. 4258/2018)», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 445.

Relación de resoluciones judiciales tomadas en consideración:

1. *Doctrina general sobre la caracterización jurídica de las dietas*

STS, Sala de lo Social, núm. 932/1967 de 6 de febrero.

STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.^a, de 26 de julio de 1996, Rec.Ap. 4526/1992 (RJ 1996\6361).

STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª, Rec.Ap. 3305/1992, de 17 de abril de 1998 (RJ 1998\3064).

STSJ, Sala de lo Social, de Cataluña, Sección 2.ª, núm. 219/2005, de 16 febrero (JUR 2005\172904).

STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, Rrud. 92/2006, de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007\8886).

STSJ, Sala de lo Social, de Andalucía, Sevilla, Sección 2.ª, núm. 1050/2013 de 19 de septiembre (JUR 2014\49346).

STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, Rrud. núm. 143/2015, de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016\933).

STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, Sala de lo Social, Valladolid, Sección 1.ª, núm. 440/2016, de 9 marzo (JUR 2016\62048).

STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 523/2017 16 de Junio de 2017 (RJ 2017\3056).

2. *Estimando que la deducción de las dietas en la cotización exige, además de la acreditación del desplazamiento, soporte documental de la realidad e importe del gasto soportado por el trabajador:*

STSJ DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, núm. 723/2001 de 24 octubre (JUR 2001\294994).

STSJ DE CATALUÑA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 184/2004 de 25 febrero (JUR 2004\118405).

STSJ DEL P. ASTURIAS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, núm. 157/2006 de 23 junio (JUR 2006\24858).

STSJ DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, núm. 83/2009 de 9 febrero (JUR 2009\191444).

STSJ DE C. VALENCIANA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 3/2009 de 5 enero (JUR 2009\130362).

STSJ DE P. ASTURIAS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, núm. 3145/2009 de 6 de noviembre (JUR 2010\8828).

STSJ DE ANDALUCÍA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 541/2014 de 5 junio (JUR 2014\225683).

AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Rec.Ap. 78/2014, de 11 marzo de 2015 (JUR 2015\105079).

STSJ DE ANDALUCÍA, Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, núm. 1585/2015 de 16 junio (JUR 2015\221853)

STSJ DE MADRID, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 18/2016, de 29 enero (JUR\2016\77966).

3. *Estimando que la deducción de las dietas en la cotización solo exige la acreditación del desplazamiento:*

STSJ DE ANDALUCÍA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Málaga, núm. 1996/2013, de 30 de julio (JUR 2014\133530).

STSJ DE ANDALUCÍA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Málaga, núm. 1825/2018 de 19 septiembre (JUR 2019\114468).

STSJ DE ANDALUCÍA, Sección 2.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Málaga, núm. 1630/2019. de 22 mayo (RJCA\2020\77).

DEL RECURSO AL TELETRABAJO COMO MEDIDA DE EMERGENCIA AL FUTURO DEL TRABAJO A DISTANCIA

From telework as an emergency measure to the future of remote work

HENAR ÁLVAREZ CUESTA*

Universidad de León, España

RESUMEN

La situación derivada de la declaración del estado de alarma provocado por la pandemia causada por el COVID19 supuso un verdadero terremoto en el mundo laboral, uno de cuyos efectos secundarios ha sido la conversión «mágica» del trabajo presencial a teletrabajo y todo parece indicar que su uso se difundirá con mayor intensidad en el futuro. Por tal motivo, conviene analizar los puntos débiles de la regulación actual del trabajo a distancia, capaces de impedir un trabajo que merezca el calificativo de digno; proponer los contenidos necesarios a reformular, como la protección de la salud y seguridad, el control empresarial, la interconexión con el trabajo flexible o las brechas de género que puede desencadenar; y, por último, avanzar las vías para su aplicación en cada organización.

Palabras clave: teletrabajo, flexibilidad, acuerdo, control empresarial, conciliación.

ABSTRACT

The situation derived from the declaration of the state of alarm caused by COVID19 supposed a real earthquake in the world of work, one of whose side effects has been the «magical» conversion of traditional work to telework and everything seems to indicate that telework will spread more intensely in the future. For this reason, it is convenient to analyze the weak points of the current regulation of remote work; to propose the necessary contents to reformulate, such as the protection of health and safety, business control, the interconnection with flexible work or the gender gaps; and, finally, to advance the ways for its application in each organization.

Keywords: telework, flexibility, agreement, business surveillance; work-family balance.

* **Correspondencia a:** Henar Álvarez Cuesta. Facultad de Ciencias del Trabajo, Universidad de León, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León (España) – halvc@unileon.es – <https://orcid.org/0000-0003-0957-1515>

Cómo citar: Álvarez Cuesta, Henar. (2020). «Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia»; *Lan Harremanak*, 43, 175-201. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21722>).

Recibido: 14 mayo, 2020; aceptado: 14 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Concepto

Muchas veces se emplean de forma indistinta los conceptos de teletrabajo, trabajo a distancia y trabajo en el domicilio. En principio, el teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo (prestación de servicios mediante el uso intensivo de la tecnología).

El teletrabajo es solo una parte del género que constituye el trabajo a distancia (Purcalla Bonilla y Preciado Domènech, 2013: 486). Así, es posible encontrar trabajo a distancia que no incluya teletrabajo, y de igual modo, existe trabajo con dispositivos tecnológicos que no supone trabajo a distancia.

También surgen o se definen otras categorías, como el teletrabajo invisible o el «*smart work*». Respecto al primero, más que una categoría cabría considerarlo un riesgo laboral, en tanto es aquel que «se produce de manera no organizada como una continuación de la jornada ordinaria de trabajo en el domicilio del trabajador, sin control ni remuneración» (Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, 2018: 93), cuyo último paso sería la desaparición (en falso) de la propia laboralidad de la prestación al quedar extramuros de la regulación laboral (trabajo sumergido).

Por su parte, se ha comenzado a denominar *smart work* a aquella prestación de servicios con los siguientes rasgos distintivos: movilidad permanente, comunicación continua y bilateral trabajador/empresa, pluralidad de lugares de trabajo, alto nivel de conectividad, trabajo remoto, acceso global y constante al conocimiento, *networking*, autogestión del tiempo de trabajo y horarios y jornadas de trabajo flexibles (Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, 2018: 93); en suma, teletrabajo combinado con prestación presencial de forma flexible.

La característica principal de todos estos modos y maneras de trabajar viene dada en negativo: la ausencia del centro de trabajo como lugar de prestación de servicios, desarrollándose esta bien en el domicilio (conocido como SOHO por sus siglas en inglés, *smal office, home office*), bien en otro lugar libremente elegido por este o en lugares variables, itinerantes o nómadas, precisados o precisables, cuando así responda al interés de las partes (Mella Méndez, 2002: 7). En esta definición, y teniendo en cuenta la situación actual, se ha de tener también en cuenta las restricciones a la movilidad, desarrollándose en este momento la prestación en la residencia de la persona trabajadora, no exigiéndose que sea aquella la formal sino la realmente utilizada.

De atender propiamente al teletrabajo, la multiplicidad y la heterogeneidad de sus modalidades permite acudir a él con flexibilidad (e imaginación), pero cabe advertir ya desde el comienzo que puede acabar desencadenando la huida (o disfraz) del trabajo por cuenta ajena hacia el empleo sumergido o falsamente autónomo.

En los casos más extremos de desvinculación, pueden darse prestaciones de servicios en las que incluso se pueda poner en tela de juicio la propia laboralidad de la misma, en cuyo caso resultará menester acudir —en este como en tantos otros supuestos, por ejemplo, el trabajo a través de plataformas digitales (Álvarez Cuesta, 2018)— al necesario análisis casuístico de las circunstancias que rodean dicha prestación.

Quedan fuera de esta categoría de trabajo a distancia las actividades intrínsecamente externas, ya sean de carácter fijo o se desarrollen de manera itinerante. Igualmente deben quedar excluidas aquellas que no se prestan fuera de la empresa, como *contact center* (García Romero, 2012: 45) aun cuando se realicen *on line* en el centro de trabajo.

2. El teletrabajo en España, entre la tradición del presentismo y las ventajas *on line*

La situación provocada por el COVID19 ha configurado el recurso al teletrabajo como la gran solución (con aristas, desde luego, tanto para el empleo privado como el público) para el futuro de la actividad económica (al menos en parte).

Y lo ha hecho en un país donde el teletrabajo aún es una realidad incipiente y en franco crecimiento. Es verdad que no ha encontrado un desarrollo masivo y todavía pasa por ser una posibilidad minoritaria y, en buena medida exótica, en un tejido productivo aún ampliamente forjado sobre la nota (que hoy ya debería haber quedado obsoleta) de presencialidad, cuando no un más pernicioso presencialismo (De Las Heras García, 2016: 43) y todo ello a pesar de la valoración positiva, como «forma de modernizar la organización del trabajo», que realiza el punto 4 del Capítulo II del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2012 (reiterado en el III Acuerdo de 2015).

Tradicionalmente, el teletrabajo no se ha sido acogido en España con el mismo interés y la misma aplicación que en otros países de nuestro entorno, quizá por concurrir en la cultura empresarial española el mal antes citado —la implantación de colectivos de trabajadores asalariados con dispositivos digitales que trabajen fuera de la empresa, ya sea como teletrabajadores, ya sea como trabajadores móviles, es reducido, ya que solo se cuenta el 6,7 % de los empleados frente al 17 % de la Unión Europea (Camas Roda, 2018: 189)—.

Según los últimos estudios, respecto al uso del teletrabajo por los españoles, el 19% de los españoles y el 21% de los europeos teletrabajaron al menos una vez en 2018. Así destaca Reino Unido, con un porcentaje de 33% de individuos

que teletrabajaron al menos una vez, mientras Francia (23%) y Alemania (22%) también tiene valores por encima de España. El 17% de los españoles utilizaron Internet cuando teletrabajaban, por debajo de la media de la UE 28 (20%), y de Reino Unido (32%), Francia (20%), Alemania (20%), pero por encima de Italia (12%). La mayor proporción de individuos de las principales economías europeas que teletrabajan al menos una vez a la semana se da en Reino Unido (20%), Francia (16%), Alemania (13%) y UE (13%) y por debajo se encuentra España (12%) e Italia (9%) (ONTSI, 2020: 4).

En consecuencia, la realidad en España contrasta con cuanto ocurre en los tejidos productivos de los países de nuestro entorno, donde se han valorado positivamente las potencialidades que presenta esta modalidad laboral, y, en tasa creciente, el porcentaje de operarios que prestan sus servicios —de forma total o, más frecuentemente, parcial— se ha incrementado notablemente (Sanguinetti Raymond, 2003: 19).

Las ventajas a las que se ha aludido *supra* son de todos conocidas. Así, el teletrabajo aparece asociado con una mayor productividad: por ejemplo, en Suecia, casi el 80% de los empleadores declararon que permitir trabajar en ciertas ocasiones fuera de las instalaciones conducía a mayor productividad, debido a que los teletrabajadores son interrumpidos con menos frecuencia por colegas o sus superiores, pasan menos tiempo contestando llamadas telefónicas o correo electrónico y no tienen que moverse hacia y desde la oficina (Eurofound y OIT, 2017: 26).

Al tiempo, la ausencia de desplazamientos laborales reduce el tráfico, los accidentes *in itinere* y como consecuencia añadida disminuye la contaminación ambiental y las emisiones con efecto invernadero de conformidad con la Carta Europea del Teletrabajo.

El teletrabajo puede ser también una vía para atraer el talento de quienes ostentan una mayor cualificación y retener a los trabajadores, reducir el estrés (Eurofound y OIT, 2017: 26) y aumentar su motivación e implicación en la empresa (Thibault Arana, 2000: 41).

Otra de las ventajas que conlleva el teletrabajo, hasta el punto de constituir una de las posibilidades destinadas a facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, es su contribución al equilibrio entre el trabajo y la vida (en Francia el 95% de los encuestados declaró que el teletrabajo ha tenido un impacto positivo en su calidad de vida tanto en el trabajo como fuera de ella; 89% reportaron una mejor calidad de vida familiar; y el 88% percibió un mejor equilibrio entre el trabajo y la vida). Sin embargo, y como se analizará en profundidad a la hora de examinar los riesgos laborales, el 61% de las personas que teletrabajan reconocen trabajar más horas porque se confunden los tiempos de trabajo y descanso, la jornada se vuelve «elástica». También hay

diferencias importantes por grupos de trabajadores según el género, por ejemplo, las mujeres tienden a trabajar menos horas y parecen tener resultados ligeramente mejores en conciliar el trabajo y la vida que los hombres (Eurofound y OIT, 2017: 26).

Por último, esta forma de realizar las tareas a distancia acaba por facilitar la organización flexible de los recursos empresariales, propiciando el ahorro en costes (NTP 412); puede coadyuvar a la revitalización de zonas rurales en riesgo de despoblación; e incluso permitir mejorar la empleabilidad de determinados colectivos de trabajadores que por sus características personales (edad, discapacidad, víctima de violencia de género...) tendrían difícil acceder a un puesto presencial (Lousada Arochena, 2011: 299).

Por todo ello, y sobre todo por la necesidad de proteger la salud de los trabajadores y de la sociedad en su conjunto en las nuevas coordenadas sanitarias y sociales, parece que el teletrabajo (al menos algunas de sus modalidades, pues cabe augurar que algunas modalidades como el *hot desking* no tendrán cabida) va a experimentar un rápido crecimiento y una expansión sin precedentes. Con todo, no cabe pasar por alto los riesgos (algunos ya apuntados y otros desarrollados en las siguientes páginas) que conlleva su aplicación sin haber definido y acordado sus parámetros.

3. Regulación «oculta» del teletrabajo

A nivel internacional (OIT, 2020) se ha elaborado el Convenio núm. 177 de la OIT (Rojo, 2020b), sobre trabajo a domicilio y la Recomendación núm. 184 OIT, aún no ratificado por España, el cual estableció unos niveles de protección mínimos para todos los trabajadores cuya característica principal residía en la no coincidencia espacio/temporal con el empleador (Espín Sáez, 2014: 249).

En la Unión Europea se aprobó el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET), firmado el 16 de julio de 2002 en Bruselas por los agentes sociales (CES, UNICE/UEAPME y CEEP), verdadero revulsivo en cuanto a la visibilidad y ordenación de la institución. Con todo, este Acuerdo no compromete directamente a los Estados, sino a las propias organizaciones empresariales de trabajadores firmantes, quienes se obligan a poner en marcha el pacto en los Estados miembros, conforme a los procedimientos y prácticas específicas de cada uno de ellos. En España no se ha llevado a cabo una incorporación «real y efectiva» al ordenamiento jurídico español (STS 11 abril 2005 Rec. núm. 143/2004), en tanto se incluyó como anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2005. Con todo, constituye un referente ineludible para los agentes sociales y para la doctrina científica (Serrano García,

2002: 34), en tanto los primeros lo consideran «un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo en las empresas y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos del campo laboral en relación con el teletrabajo» (Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003). Los sucesivos Acuerdos han llevado a cabo una «tímida» regulación del mismo (CC.OO., 2020b: 23).

En la regulación interna, el precepto que diseña su régimen jurídico de forma imprecisa y parca (Leonés Salido, 2000: 2) el art. 13 ET, no habla del teletrabajo, sino de la categoría más amplia del trabajo a distancia, definiéndolo como aquel que «en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa» (art. 13.1).

La posibilidad de que el trabajador desempeñe sus tareas profesionales para el empresario fuera del espacio físico constituido por el centro de trabajo ha sido reconocida tradicionalmente por el Derecho del Trabajo, sometiendo tal circunstancia a determinadas cautelas adicionales para evitar que la falta de contacto físico entre operario y empleador pudiera suponer abusos o arbitrariedades en el desempeño de la prestación (Solà i Monels, 2004: 211).

La tecnología (su uso y difusión) ha cambiado (y seguirá haciéndolo) los modos y maneras de trabajar, además, la crisis (sanitaria, social y económica) provocada por el COVID19 ha modificado decisivamente la perspectiva de la posibilidad de prestación laboral sin coincidencia en el mismo espacio físico, ni entre trabajadores ni con su empleador (Sempere Navarro y Kahale Carrillo, 2013).

A la vista de la posible inercia en el sistema de relaciones laborales y la configuración del sistema productivo español integrado por pequeñas empresas, resulta cada vez más necesario diseñar un Acuerdo Marco interprofesional que fije más detalladamente los parámetros para hacer efectivo un teletrabajo digno y de calidad, con espacio para que la negociación colectiva sectorial desarrolle las coordinadas a cada actividad productiva y sin perjuicio de mejoras o adaptaciones introducidas por los convenios de empresa, siempre y cuando respeten los mínimos contenidos en los referentes mentados (cabe dar algunos ejemplos relevantes, como la regulación realizada en el II Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, BOE núm. 273, de 13 de noviembre de 2019).

4. Requisitos necesarios para teletrabajar

De poner el foco en la prestación de servicios realizada a través de la tecnología (teletrabajo) aun proyectadas para todo el trabajo a distancia por el art. 13 ET, conviene analizar las condiciones requeridas para su aplicación:

- A. Forma escrita. Es necesario que la prestación de servicios a distancia mediante el uso de la tecnología se formalice por escrito (siempre *ad probationem*, nunca *ad solemnitatem*). Aun cuando no establece cuál habrá de ser la consecuencia de la falta de forma, cabe entender que la consideración de la prestación como debida en el centro de trabajo al que esté adscrita la persona trabajadora.
El precepto examinado recoge expresamente la obligación de aplicar las reglas referidas a la copia básica del contrato de trabajo, garantía en orden al control del cumplimiento de la normativa laboral.
- B. Voluntario. La voluntariedad exigida en el teletrabajo supone la necesidad de contar con el acuerdo de ambas partes para el desarrollo de la prestación de servicios en un lugar diferente. Dicho acuerdo puede nacer al inicio de la relación laboral (con la oferta de trabajo bajo tal característica y la persona trabajadora aceptará la misma junto con las restantes condiciones) o bien durante su transcurso. En consecuencia, cabe realizarlo posible en cualesquiera de las modalidades contractuales previstas a lo largo y ancho del ordenamiento laboral —contrato a tiempo parcial incluido (Serrano García, 2009: 207)—, como un contenido accesorio al mismo (Tascón López, 2020).

Tanto el art. 3 del Acuerdo Marco Europeo como el art. 6 del Convenio 177 OIT imponen las notas de libertad y voluntariedad para las partes, sin que la persona trabajadora pueda sufrir ninguna consecuencia desfavorable por negarse a aceptar su realización. Así, el Acuerdo Europeo reconoce cómo «el teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde... Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, y si el empresario hace una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede aceptarla o rechazarla. El paso al teletrabajo en tanto que tal, puesto que modifica únicamente la manera en que se efectúa el trabajo, no afecta al estatus laboral del trabajador. La negativa de un empleado a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador».

Es decir, el rechazo de la propuesta empresarial del cambio del lugar de la prestación laboral fuera del centro de trabajo o su retorno al mismo no ha de

implicar la extinción de la relación laboral por tal motivo ni ningún otro perjuicio. No obstante, en un contexto de crisis económica, cabe vincular la oferta de teletrabajo a la paralización de despidos objetivos o colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y su negativa conllevar la aplicación de los mismos (SAN 23 diciembre 2015, núm. 299/2015), pese a las dudas suscitadas en torno a la voluntariedad requerida.

Al respecto, los Tribunales han declarado que no cabe modificar (en uno u otro sentido) esta condición laboral a través del art. 41 ET (STS 11 abril 2005, Rec. núm. 143/2004), en tanto transformaría la naturaleza del vínculo. Se cercena así una posible vía de adaptación mediante la flexibilidad interna a las futuras necesidades de las prestaciones de servicios en un contexto de alta incertidumbre económica y sanitaria.

El art. 13.2 ET parece exigir el acuerdo de ambas partes para revertir el anterior pacto aunque no mencione dicha posibilidad. En cambio, el Acuerdo Europeo permite establecer las modalidades de reversibilidad «por acuerdo individual o colectivo», aun cuando parece dudoso que el convenio colectivo pueda eximir de la voluntad individual concurrente (Tascón López, 2020), y menos dejarlo al arbitrio exclusivo del empleador.

Aun anticipando conceptos y condiciones examinados con posterioridad, el acuerdo que establezca el teletrabajo debería recoger los siguientes extremos (NTP 412): lugar de trabajo, jornada y distribución horaria, métodos de trabajo, formación necesaria, retribución específica en caso de existir, reversibilidad de la situación, equipo de trabajo y mantenimiento, asunción de los costes, seguros, protección de datos y confidencialidad, a los que cabe añadir aquellas medidas destinadas a cumplir los requerimientos en materia de ciberseguridad.

5. Igualdad de derechos con la prestación de servicios presencial

El art. 13 ET, al igual que el AMET, reconoce y equipara en derechos a los trabajadores a distancia y los presenciales, salvo aquéllos «que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial». El Acuerdo Marco Europeo dispone que esta igualdad derechos entre trabajadores ordinarios y a distancia se refleje tanto en la asignación de carga de trabajo (art. 4), como en unas mismas políticas de evaluación y valoración (art. 10).

Esta igualdad de derechos aparece destacada en materia salarial (Sierra Benítez, 2016: 224): «el trabajador tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones» (art. 13.3

ET). Tanto el salario base como los complementos no pueden experimentar supresión ni disminución por llevar a cabo sus tareas a distancia. Es más, del literal del precepto cabe deducir la posibilidad de una mayor retribución a este tipo de empleados (originada en el ahorro de costes empresariales y su transmisión a quien presta servicios en remoto), siempre y cuando no suponga una discriminación vetada por el ordenamiento jurídico respecto a los presenciales.

Vinculado a la retribución, aun cuando no tenga naturaleza salarial, resulta necesario aquilatar en cada caso cómo se van a afrontar los gastos ocasionados por el teletrabajo (tanto aquellos invertidos en las herramientas necesarias como los gastos fijos de electricidad, red, etc.), bien la empresa proporciona los equipos de trabajo o bien se reembolsan o, en fin, se compensa el mayor consumo de los suministros corrientes del domicilio. No cabe olvidar en este punto cómo el empresario experimentará también un ahorro de costes respecto al centro de trabajo, que incluso podría llegar a desaparecer y que, en todo caso, experimentará una reducción de tamaño y/o de consumos fijos (Tascón López, 2020).

Al respecto, se pronuncia el Acuerdo Marco Europeo, que en su punto 7 establece que, «como regla general, el empresario está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo. Si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones. El empresario dotará al teletrabajador de un servicio adecuado de apoyo técnico. Si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones. El empresario dotará al teletrabajador de un servicio adecuado de apoyo técnico. El empresario tiene la responsabilidad, conforme a la legislación nacional y a los convenios colectivos, en lo referente a los costes ligados a la pérdida o a los desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador. El teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado; no recogerá ni difundirá material ilícito vía internet».

6. La imprescindible formación para el teletrabajo

La formación de los teletrabajadores resulta vital en un doble sentido: por un lado, respecto a aquella destinada a seguir avanzando en su carrera profesional, teniendo las mismas oportunidades que el resto de sus compañeros que prestan servicios en el centro de trabajo físico y ligada a la promoción profesional; por otro, cuanta requiera el correcto desempeño de la relación laboral a distancia, con la finalidad de cumplir los requerimientos del trabajo desempeñado y no ser objeto de un despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto (De Castro Mejuto, 2016): 95), por ejemplo.

Respecto a la primera, el art. 13.3 ET exige que el empresario establezca los «medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional». La finalidad del precepto parece clara, tratando de evitar así que el relativo aislamiento al que pueden verse abocados estos peculiares operarios termine por degenerar en su obsolescencia profesional (Tascón López, 2020) y evitar con ello que dicho trabajador sufra una pérdida de habilidades y competencias derivada de la propia distancia con los centros logísticos y organizativos de la empresa (Blázquez Agudo, 2012: 33). De nuevo, el Acuerdo Marco Europeo precisa más el derecho a la formación, ante el temor a caer en el olvido para futuros ascensos al no estar físicamente en el centro de trabajo: «los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los demás trabajadores» o que se diseñe la formación sin tener en cuenta las necesidades de quien no acude físicamente al centro de trabajo.

Respecto a la segunda, y frente al silencio del precepto estatutario, el Acuerdo Europeo precisa que estos trabajadores tienen derecho a recibir una formación adecuada «para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización del trabajo». De hecho, avanza un paso más (necesario) y apunta la necesidad de dar oportuna formación tanto al supervisor de los teletrabajadores como a sus compañeros de trabajado para adecuarse a esta forma de trabajo y saber gestionarla. Punto de suma trascendencia si se desea configurar el teletrabajo como modalidad de trabajo digno y decente, sin someter a quienes lo lleven a cabo a explotación tecnológica fundada en cumplimiento de objetivos excesivo o rechazada por incomprensida.

Desde luego, ninguna de las normas precisa, ni puede hacerlo, el contenido, la modalidad o la duración de la formación requerida, dependerá de cada puesto y sector y su desarrollo compete, al menos a grandes rasgos al convenio colectivo de aplicación.

Aun cuando la distancia física no debería suponer falta de información respecto a las oportunidades de reversión del teletrabajo, la promoción profesional y/o la existencia de vacantes en la empresa, la norma impone la obligación de la empresa de informar sobre las vacantes presenciales existentes, aun cuando no suponga un derecho preferente para acceder a tales plazas. La norma solo alude a la finalidad de «posibilitar la movilidad y promoción», esto es, habilita un cauce para que los teletrabajadores estén informados de las vacantes y de los procesos selectivos para proveer dichas vacantes y, por tanto, puedan concurrir en igualdad de condiciones (sin quedar olvidados o postergados) respecto a los presenciales (De Castro Mejuto, 2016: 95).

7. Interrelación entre trabajo flexible y teletrabajo

La fórmula del teletrabajo no afecta directamente a la duración de la jornada, aun cuando sí puede modular ciertos aspectos tales como el horario, esto es, los momentos exactos en que la prestación es debida (Suárez Quiñones, 2016: 133), dado que en la mayor parte de las ocasiones se traduce teletrabajo como trabajo flexible a distancia (y en algunas ocasiones como trabajo perpetuo a distancia).

Al respecto, no cabe duda alguna respecto a la aplicación del nuevo art. 34.9 ET, incorporado por el art. 10 del RD-Legislativo 8/2019, de 8 de marzo, el cual ordena a la empresa garantizar «el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria... Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

En cuanto al concreto método o herramienta que llevará a cabo la recogida de datos de los teletrabajadores, necesariamente habrá de realizarse de forma telemática y remota, pero de forma objetiva y no modificable, a través de los propios instrumentos informáticos que se utilizan para el desarrollo de la prestación (Tascón López, 2020).

El registro de la jornada está destinado a evitar la fijación del trabajo por objetivos —«destajo tecnológico» (Sierra Benítez, 2016: 211)— o la perpetua disponibilidad («presentismo digital»). Pero sigue siendo posible el diseño del teletrabajo flexible, siempre y cuando el tiempo trabajado quede registrado, siendo relativamente sencillo técnicamente (Thibault Aranda, 2020).

Así lo reconoce algún pronunciamiento judicial, al entender que «solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no puede admitirse tal exceptuación, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio» (STSJ Castilla y León/Valladolid 3 febrero 2016, Rec.

núm. 2229/2015). También los acuerdos más recientes al respecto contemplan las medidas de aplicación a este colectivo (tal sucede con el Acuerdo de registro de jornada y desconexión digital de Deutsche Bank, SAE de 4 de diciembre de 2019).

De igual modo, parece no solo aconsejable sino necesario precisar aspectos relativos a las horas extraordinarias, pues ha de contemplarse si son posibles los excesos temporales de prestación por encima de la habitual y, en su caso, a qué régimen jurídico se someten (Monereo Pérez y Moreno Vida, 2005: 202), el trabajo nocturno o el disfrute de los descansos y vacaciones para lograr su efectivo disfrute y una real desconexión del trabajador (Tascón López, 2020). La flexibilidad antes apuntada coadyuva a eludir su control por el empresario y por la Inspección en último término.

8. La desconexión digital en el teletrabajo

El reverso del tiempo de trabajo es el derecho a los descansos mínimos establecidos legal o convencionalmente. De acuerdo con el TJUE el empresario tiene el deber de garantizar que el trabajador, en cualquier caso, o con cualquier tipo de relación laboral, debe atenderse su derecho al descanso efectivo (en la jurisprudencia comunitaria baste destacar STJUE C-397/2001, de 5 de octubre de 2004, asunto Pfeiffer y otros o STJUE C-151/2002, de 9 de septiembre de 2003, asunto Jaeger), aun cuando no defina qué debe entenderse por tal «descanso efectivo» (Rodríguez Rodríguez, 2019: 148).

Sin embargo, la tecnología elimina las coordenadas de tiempo y lugar, y difumina las fronteras entre trabajo y descanso, hasta el punto de provocar una conexión perpetua. Por tal motivo, es necesario apuntalar una política de prevención de riesgos laborales que blinde ese derecho al descanso en forma de desconexión (país pionero en su regulación ha sido Francia con la denominada, por la ministra de Trabajo que la promovió, Ley El Khomri que introduce en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés dicho derecho, aun formulado de forma vaga), estrechamente ligado con el supuesto de la llamada «fatiga informática» (Baylos Grau, 2019), de conformidad con lo previsto en el art. 88 LO 3/2018 («los trabajadores y los empleados públicos tendrán 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»).

Este artículo encomienda a la negociación colectiva, aunque no forme parte del contenido mínimo de los convenios (Tascón López, 2018: 45) las modalidades de ejercicio de este derecho. En el fondo, la desconexión digital supone una herramienta para articular la concreta vía para reconocer el derecho al descanso

en un mundo hiperconectado, que ha de atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral, y potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. En este sentido, y con particular mención al trabajo a distancia, continúa el precepto, el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, ha de elaborar «una política interna dirigida a 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. 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».

La razón de la mención particular radica en la interconexión entre teletrabajo y trabajo flexible, actuando la desconexión digital a modo de frontera que delimita este del descanso semanal, interjornadas o las propias vacaciones.

Hasta el momento, y debido al escaso tiempo transcurrido no resulta fácil encontrar ejemplos que sirvan de guía, pues los convenios que han empezado a regular la desconexión realizan un simple reconocimiento del derecho de forma indeterminada, vaga, falta de concreción, meramente programática o sometido a la inexistencia de «fuerza mayor» (Igartúa Miró, 2019: 80), sin concretar el deber de abstención del empresario y sin medios e instrumentos para hacerlo efectivo el derecho (García Jiménez, 2019: 172), simplemente dependiente de la «voluntariedad» del trabajador de no contestar correos o mensajes.

Mejores prácticas al respecto, y como muestra, resultan cuantos establecen la obligación de «no enviar» en lugar de no contestar (art. 40 Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA y Zurich Services, AIE. BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2019); se impide técnicamente recibir comunicación del trabajo; optan por la retirada del aparato facilitado por la empresa (Mella Méndez, 2016: 11), por la desconexión total y automática, bloquean el acceso a herramientas digitales, formulan periodos de siesta digital o toque de queda digital o fijan una franja horaria en la que exclusivamente se puede conectar tras la jornada (Igartúa Miró, 2019: 81).

9. El control empresarial *cuasi* absoluto de la persona teletrabajadora

Las dudas que planteaba el trabajo a distancia en tiempos pretéritos respecto a las posibilidades de control del empresario de la actividad productiva de los empleados quedan despejadas merced a las infinitas posibilidades brindadas

por la tecnología utilización de seguidores URL, que permiten rastrear los movimientos de los trabajadores en la red, tecnología ASP que conoce la ubicación de los trabajadores mediante el teléfono móvil, *sniffers* o identificadores de radiofrecuencia RFID (Cuadros Garrido, 2018: 449). No solo rastrear, sino que los datos masivos generados por la persona teletrabajadora van a permitir su tratamiento a través de algoritmos y programas de inteligencia artificial, dejando a quien teletrabaja en situación de completa «transparencia», no solo respecto a su labor, sino a su personalidad íntima.

Al respecto, nada en particular recoge el art. 13 ET, pero el Acuerdo Marco sí dispone que «el empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador. Si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo e introducirse con arreglo a la Directiva 90/270/CEE relativa a las pantallas de visualización».

Por su parte, los sujetos negociadores han de empezar a regular el amplio campo que les señala el art. 87.3 LO 3/2018: «los empleadores deberán establecer criterios de utilización en los distintos lugares 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 constitucional y legalmente» y «en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores». De prestar servicios vía telemática, cada vez en mayor medida y con mayor incidencia el empresario tiene a su disposición de múltiples instrumentos de control y vigilancia (más o menos invasivos) necesitados de acotamiento y transparencia en su uso y finalidad por la negociación colectiva (Álvarez Cuesta, 2019: 110) y de un cambio de enfoque, prioritariamente asentado sobre una suerte de presunción de intromisión legítima del empleador en la confidencialidad de los datos y en la esfera privada de los trabajadores (Baylos Grau, 2019).

Hasta el momento, las experiencias con las que se cuenta en materia de control de las comunicaciones electrónicas del trabajador son muy pobres (Baylos Grau, 2019). Quizá provocado por el escaso tiempo transcurrido desde la promulgación de la ley orgánica. Como buenas prácticas cabría apuntar cuantas determinen los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para dichos fines privados; creación de carpetas en los sistemas de almacenamiento como ordenadores, tabletas o en la nube, donde el trabajador pueda incluir información tanto relacionada como la prestación de sus servicios como personal, asegurando que el empresario únicamente puede entrar a vigilar el primer tipo de contenido, quedando la carpeta privada excluida del control de la empresa o filtros de acceso (Blázquez Agudo, 2019).

El uso de dispositivos tecnológicos puestos a disposición por la empresa o con contenido perteneciente a la empresa en distintos lugares no vinculados al centro de trabajo guarda relación también con la ciberseguridad de la empresa, no en vano una de las vulnerabilidades que toda organización debería tener en

cuenta es el riesgo generado por las personas trabajadoras y más en caso de prestar servicios con sus propios medios telemáticos o del empresario pero sin contar con las debidas instrucciones.

Estos trabajadores han de actuar con la debida «diligencia informática» y utilizar adecuadamente los medios electrónicos y digitales puestos a su disposición, de acuerdo con las instrucciones y los códigos de autorregulación establecidos a tal efecto (Rodríguez-Piñero Royo, 2019), en esta ocasión no desde la perspectiva de la productividad, sino de la seguridad de la empresa respecto a su infraestructura, datos de los clientes o secretos empresariales.

10. Prevención de riesgos laborales a distancia

La protección de la salud y seguridad de los trabajadores a distancia siempre ha sido un obstáculo para la efectiva aplicación del teletrabajo, además de un verdadero enigma en su desarrollo práctico. El art. 13.4 ET, calificado como demasiado ambicioso y poco efectivo (Tascón López, 2020), concede a los trabajadores a distancia el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud e impone la aplicación, «en todo caso», de lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

La previsión responde a la genérica necesidad de asegurar que ningún trabajador sufra daño alguno en el desarrollo de su prestación laboral (Selma Penalva, 2016: 129), pero se enfrenta a dos dificultades encadenadas: en primer lugar, el lugar de la prestación se define de forma negativa (fuera del centro de trabajo); y en segundo, si el teletrabajo se llevara a cabo en el domicilio de la persona trabajadora, como ha sucedido durante la situación de alarma, su inviolabilidad acrecienta la desprotección.

Las soluciones en presencia, y dejando a un lado la previsión de emergencia de la autoevaluación recogida en el RD-Ley 8/2020, vienen dadas por convertir a la persona teletrabajadora en colaboradora necesaria o bien pactar qué lugares se aceptan como de prestación de servicios por entenderse plenamente seguros para el teletrabajador (Mella Méndez, 2015: 171).

En cuanto a los riesgos específicos concurrentes en el teletrabajo, además de los ergonómicos y ambientales (iluminación, temperatura, etc.), y de los derivados del uso intensivo de pantallas de visualización (RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización y su guía técnica de desarrollo), cabe detenerse en el examen de los riesgos psicosociales asociados al trabajo aislado y vinculado a la utilización intensiva de la tecnología.

Ha de prestarse atención a la tecnoadicción, (necesidad de estar permanentemente conectado, al tecnoestrés, adicción al trabajo (workaholic) o a la depresión o ansiedad causadas por la soledad (NTP 412). Respecto a aquel, el elemento central definidor viene dado por el compromiso irracional establecido con el trabajo excesivo; estaría caracterizado por una excesiva dedicación laboral, por hacer de ella el único objetivo de su vida, por su desinterés por todo lo que no sea su trabajo y por su incapacidad para parar de trabajar (NTP 759), acentuado en este caso por las presiones o incentivos derivados, de un lado, de la necesidad de recursos y de otro, de los incentivos que ofrecen las empresas colaborativas para que aumentes tu participación (Álvarez Cuesta, 2017: 55).

En cuanto a la nomofobia, entendida como miedo irracional a estar sin teléfono móvil, genera una «infundada» sensación de incomunicación en el usuario cuando este no puede disponer de él y gemela al concepto de fomo, surge en estos trabajadores debido a la dependencia del móvil (o dispositivo que se trate) para trabajar.

El teletrabajo fuerza la aparición de problemas de salud física vinculados a la vida sedentaria y la falta de actividad física que casi siempre conlleva el trabajo con ordenadores, lo que puede incrementar el riesgo de accidentes cardiovasculares, obesidad, derrames cerebrales o diabetes; problemas ergonómicos u oftalmológicos derivados de la continua atención a pantallas y posturas inadecuadas; la «infoobesidad» o sobrecarga de información que debe procesarse (Álvarez Cuesta, 2019).

Frente a tales riesgos, no falta quien propone un adaptado reconocimiento médico que entrara a valorar el perfil de quien ha solicitado o se ha adherido al programa de teletrabajo de la empresa, detectando las potenciales pautas de conducta y sus previsibles consecuencias para la salud (Mella Méndez, 2015: 171). Quienes han investigado al respecto apuntan como características idóneas la flexibilidad, la adaptabilidad, la autodisciplina, la experiencia en el trabajo y con la organización, las habilidades de comunicación y sociales o la capacidad de gestionar el tiempo. También añaden las características que deben reunir los mandos: deseo de participar en el proyecto de teletrabajo; confianza en sus subordinados y en su plantilla; capacidad para organizar el trabajo; buenas capacidades de comunicación; capacidad para motivar a los trabajadores y fomentar en ellos la independencia e iniciativa; flexibilidad en el uso del tiempo; y orientado hacia la gestión de resultados y no hacia los procesos (NTP 412).

No cabe olvidar a este respecto tanto la necesidad de adaptar las condiciones cuando quienes presten servicios resulten especialmente sensibles a alguno de los riesgos laborales enumerados, como la de proporcionar una formación específica (añadida a la formación general requerida para el teletrabajo) en materia de prevención de riesgos laborales de acuerdo con la correspondiente evaluación realizada.

11. La configuración de los derechos colectivos en el teletrabajo

El art. 13 ET finaliza en el párrafo 5, reconociendo a los trabajadores a distancia el ejercicio de los derechos de representación colectiva de conformidad con lo previsto a lo largo del propio Estatuto, y «a estos efectos, los trabajadores a distancia deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa».

La mención expresa a la representación colectiva (como trabajadores por cuenta ajena que son) no resulta del todo superflua de atender al creciente individualismo que se promueve y alimenta en las prestaciones de servicios marcadas por la desaparición de un centro de trabajo físico y las dificultades que conllevan las relaciones colectivas en un mundo cada vez más digitalizado (al respecto, Rojo Torrecilla, 2019), donde se rompe la solidaridad necesaria para construir una negociación y puede impedir la promoción de intereses comunes y la superación de la competencia entre los propios trabajadores (Álvarez Cuesta, 2019), bien por su invisibilización, bien porque la prestación de servicios a distancia hace desaparecer los lazos de solidaridad colectiva.

En cuanto a su ubicación formal, surgen dudas (en cuanto forma y criterios) a la hora de adscribir trabajadores a un determinado centro para elegir representantes y para llevar a cabo una negociación colectiva de carácter estatutario. Como regla general de comienzo, corresponde al empresario configurar a su arbitrio las circunstancias que determinan la calificación de una unidad productiva como centro de trabajo (Álvarez Cuesta, 2019) y en este sentido, su libertad es muy amplia (Álvarez del Cuvillo, 2016: 141).

Uno primero, sería aquel en el que el trabajador realiza parte de su actividad en un único centro, hipótesis en la que el trabajador deberá ser adscrito a aquel (Pastor Martínez, 2018: 227). Si no existiera centro de trabajo, y por tanto los trabajadores no desempeñan sus servicios en uno, han de estar adscritos a un centro y entonces surge la posibilidad de agruparlos todos en uno (la elección corresponde al empresario) o diseminarlos en varios. En este sentido, sería factible la delimitación de los trabajadores adscritos a un centro por su acceso a la aplicación y su operatividad en un espacio físico determinado (Garrido Pérez, 2017: 221) para evitar que por esta vía se cercene el derecho de representación y de negociación. Algún convenio comienza a crear una ficticia circunscripción electoral al asignar a la misma a los teletrabajadores o dejar su asignación a la autonomía individual parecen consagrar posibilidades por parte de la negociación colectiva para modificar el marco legal (Ribes Moreno, 2018: 170).

También la inexistencia de un centro de trabajo físico puede dificultar la publicación del censo, de la lista de candidatos o la propia celebración de elecciones en un espacio determinado (Garrido Pérez, 2017: 224), si se encuentra distante el centro formal del lugar de prestación efectivo. Al final, todos los obstáculos enumerados relacionados con el espacio físico podrían resultar fácil-

mente subsanables acudiendo a la tecnología, afirmación que sería osado realizar respecto a los motivados por el aislamiento y el individualismo de este tipo de prestación.

12. El teletrabajo durante el estado de alarma causado por el COVID-19

El RD-Ley 8/2020, en su preámbulo ya advertía cómo «con el fin de ejecutar las medidas de contención previstas por la normativa aplicable, garantizando al mismo tiempo la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales, se priorizarán los sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Para ello, se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable». Por ello, su art. 5 señala el carácter preferente del trabajo a distancia con los objetivos prioritarios de garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria. «En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad» (Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, 2020c).

De dicho precepto parece desprenderse la obligación de la empresa de adoptar las medidas oportunas (teletrabajo) si es técnica y razonablemente posible y el esfuerzo de adaptación es proporcionado «desde un punto de vista de costes u organización» (Ginès i Fabrellas, 2020), por tanto, el deber queda supeditado a los mencionados condicionantes. Por tanto, «aparentemente no se está reconociendo un derecho unilateral» de la persona trabajadora a esta modalidad (Beltrán de Heredia Ruiz, 2020: 50). Si el cambio es posible, esta opción es prioritaria frente a los expedientes de regulación temporal de empleo (Ginès i Fabrellas, 2020) y no cabe la imposición del permiso obligatorio (CC.OO., 2020: 23).

En cuanto hace al requisito de técnico, excluye, obviamente, todas las prestaciones personales que no puedan realizarse bajo ningún concepto a distancia». En cambio, cuando esta imposibilidad técnica solo abarque parte de sus funciones, sobre todo en los supuestos de polivalencia funcional, parece evidente que esta obligación subsistirá para aquellas funciones que sí admitan técnicamente dicha posibilidad» (Calvo Gallego, 2020).

La formulación del teletrabajo y su reversión condicionado a un acuerdo de voluntades hace cuestionar la nota de la voluntariedad, en un primer momento,

para su adopción, y en un segundo, para su reversión. Parece claro que, en este contexto, «la persona trabajadora no puede imponer el teletrabajo» (CC.OO., 2020: 77), y no faltan opiniones divergentes, bien porque entienden exigible el acuerdo aún en esta situación (Ginès i Fabrellas, 2020); bien porque consideran que se ha producido una «suspensión temporal del régimen ordinario de derechos y obligaciones legales y/o convencionales y/o contractuales» y el empleador puede disponer unilateralmente de la modalidad de prestación de servicios, a modo de «*rebus sic statibus* provisional» (Falguera Baró, 2020: 128); o bien por considerar esta opción obligatoria para ambos (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020: 329).

La solución a las posibilidades de reversión es diferente conforme a la respuesta anterior. De exigirse voluntad de ambas partes para su adopción, se requiere la misma para su vuelta a la presencialidad, salvo que se entienda condicionado el acuerdo alcanzado a la propia situación de pandemia; en cambio, de considerar el teletrabajo excepcionalmente impuesto, una vez transcurridos los plazos, la persona trabajadora ha de volver a la presencialidad y tiene derecho a hacerlo (salvo acuerdo novatorio). También cabe una posición intermedia, a aplicar caso por caso: al ser una medida unidireccional, «dirigida a interrumpir el tránsito de la actividad a la inactividad empresarial». Lo que podría ser determinante porque, si no se da esta situación material previa, podría cuestionarse la posibilidad de aplicar este precepto y en esas circunstancias, «sería controvertido afirmar que el trabajo a distancia mantiene la preferencia» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2020b).

El escollo existente en materia preventiva se intenta salvar entendiendo cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento (art. 5 RD-Ley 8/2020). Al efecto, las empresas han debido proporcionar la debida formación e instrucciones para llevarla a cabo. Con todo, no se despeja la duda sobre la respuesta empresarial frente a una negativa de la persona trabajadora a realizarla, si bien la misma no podría bloquear el recurso al teletrabajo en las coordenadas existentes (Cruz Villalón, 2020: 410).

Donde sí estuviera implantada esta modalidad, la evaluación ha debido ser realizada previamente, dentro de la obligación preventiva habitual de la organización. En todo caso, y «sin perjuicio de la redacción del precepto, la autoevaluación de la persona trabajadora no exime a la empresa de toda obligación de evaluación de riesgos, sino solamente de la evaluación inicial de riesgos. Es decir, la empresa deberá realizar una evaluación de los riesgos en atención a dicho informe de autoevaluación para garantizar la seguridad y salud de las personas durante el periodo de teletrabajo» (Ginès i Fabrellas, 2020). «En consecuencia,

no existe exoneración de la obligación empresarial de proporcionar la información necesaria (art. 18 LPRL) o proceder, en su caso, a dar la formación correspondiente (art. 19 LPRL)» (Falguera Baró, 2020: 128).

La duración de esta situación, destinada a garantizar la protección de las personas trabajadoras y seguir atendiendo a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar en el contexto de la crisis del COVID-19 (por todos, Rodríguez Escanciano, 2020), se prorroga durante tres meses (dos meses +1 mes) una vez finalizado el estado de alarma: «de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de la disposición final décima, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se prorroga lo establecido en los artículos 5 y 6 de dicha norma. El contenido de estos artículos se mantendrá vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la Disposición Final 1.17 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo», aun cuando, «en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto» (art. 15 RD-Ley 15/2020).

De este modo, el art. 3 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, sigue considerando preferente mantener los medios no presenciales de actividad productiva: «siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia». De nuevo, el precepto condiciona su continuidad a la posibilidad efectiva de la misma y a su indeterminado «fomento».

Una de las posibilidades para su fomento quizá resida en el Plan Acelera diseñado por el RD-Ley 8/2020, con el fin de establecer medidas de apoyo para acelerar el proceso de digitalización de las pymes que pasan por el asesoramiento y la formación, las soluciones tecnológicas y el apoyo financiero.

13. A modo de conclusión: vías para la aplicación en el futuro del teletrabajo en la empresa

El teletrabajo ha sido un recurso excepcional destinado a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores presenciales al tiempo que aseguraba el mantenimiento de la actividad productiva en la empresa durante la pandemia causada por el COVID19, y todo parece indicar que la rápida adaptación al mismo (con sus fallos) hace que la cultura del presentismo esté en franco declive y muchas empresas decidan continuar con el trabajo a distancia. También

contribuye, sin duda, que «el cambio repentino al trabajo digital a distancia, de la noche a la mañana y en masa, tiene el potencial de acelerar los cambios en la forma en que se realiza el trabajo» (Rojo Torrecilla, 2020: 391).

A ello se une la expansión sin precedentes de la tecnología y su aplicación a las más variadas prestaciones de servicios. Por todos esos motivos, unidos a las ventajas ya citadas, parece que el teletrabajo (en la regulación actual o en otra más acabada) va a experimentar un gran crecimiento, analizándose a continuación las posibles vías articulables para transformar un trabajo presencial en trabajo a distancia (y viceversa).

- A. La primera de ellas en los términos examinados, es el acuerdo inicial (al venir ya configurada así la relación laboral) o sobrevenido, pero en todo caso precisa la voluntad concurrente de empresario y persona trabajadora. Respecto a esta vía, quizá el experimento sufrido puede llevar a facilitar el acuerdo en uno u otro sentido, pero ha de tenerse en cuenta los puntos críticos apuntados respecto al mismo, haciendo deseable una mayor regulación convencional que dote de un adecuado marco a su desarrollo y evite el fácil recurso al teletrabajo invisible. Es más, no falta quien apunta a que el acuerdo exigido, en el futuro ha de ser colectivo (Cruz Villalón, 2020: 417).
- B. La segunda supone una manifestación del derecho a la conciliación ya anunciado, pues tradicionalmente se ha configurado el teletrabajo como herramienta capaz de favorecer la misma (Autores Varios, 2012 y Eurofound, 2020). Y dicha posibilidad sigue presente en el art. 34.8 ET, el cual reconoce el derecho de las personas trabajadoras 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».

También la Directiva 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, aún no incorporada a nuestro acervo legislativo, contempla el recurso al teletrabajo como respuesta a las necesidades de conciliación. Así, establece como derechos fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores, entendiendo por tales la «posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo» (art. 3), supeditadas, en su caso, a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses (art. 9.4). Asimismo, prevé el recurso a estas fórmulas flexibles (incluido el teletrabajo) para el

disfrute del permiso de paternidad, del permiso parental (cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años) y para el cuidado de familiares. El art. 9 desarrolla este recurso al teletrabajo: así, los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Pese a que no establece su concesión, la denegación de la petición cursada o su aplazamiento requiere justificación. En cuanto a su reversión, sí configura un derecho de la persona trabajadora a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado, incluso tendrá derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias y dicha solicitud será estudiada por el empleador teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.

Como muestra señera de Derecho comparado, la Ley portuguesa 120/2015, de 1 de septiembre, pretende reforzar los derechos de los padres trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar por la vía del teletrabajo. Así, dicha Ley da nueva redacción al art. 166.3 Código de Trabalho, que pasa a establecer que, «aparte de las situaciones referidas en el número anterior (ser víctima de violencia doméstica), el trabajador con hijo de edad hasta 3 años tiene derecho a ejercer la actividad en régimen de teletrabajo, cuando este sea compatible con la actividad desempeñada y la entidad patronal disponga de recursos y medios para tal efecto». Los presupuestos objetivos exigidos para el ejercicio de tal derecho por parte del trabajador son dos: uno, la compatibilidad de la actividad laboral de aquel con el nuevo modo de trabajar a distancia, pues, en caso contrario, la medida no tiene sentido, en cuanto el trabajador debe seguir siendo productivo para la empresa; el otro, que esta última disponga de recursos y medios para el desarrollo del teletrabajo (Mella Méndez, 2017).

Al tiempo, resulta preciso advertir de las aristas que presenta su utilización en un contexto como el actual, capaz de convertir este instrumento en un refugio para mujeres con responsabilidades familiares, lo que puede llegar a constituir un foco de discriminación y menoscabo de las condiciones de trabajo por razón de sexo (Villalba Sánchez, 2016: 74). Ante este panorama, la corresponsabilidad se dibuja como imprescindible para evitar que nazca otro nicho de trabajo precarizado y feminizado.

- C. No cabe obviar la posibilidad de aplicar el procedimiento de modificación sustancial, de entender el teletrabajo como un sistema de trabajo (parece apuntarlo Falguera Baró, 2020), quizá para configurar este recurso de modo parcial, a modo de «flexibilidad tecnológica» (Lahera

Forteza, 2020: 428), cumpliendo lo previsto en el punto 11 del Acuerdo Marco Europeo, que reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo en la empresa.

Bien es cierto que hasta el momento parece estar vetada la vía apuntada (y así parece señalarse también en la «Consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia»), aun cuando sí es posible articular el teletrabajo como una medida de flexibilidad interna (acordada) en lugar de acudir a despidos por causas objetivas o colectivos. De este modo, se mantiene el salario, las cotizaciones, el empleo y supone un ahorro de costes para el empresario y para la Seguridad Social.

- D. A semejanza de lo previsto en el art. 34.2 ET para el tiempo de trabajo y la posibilidad de pactar su distribución irregular (dejando en manos del empresario en caso contrario la distribución del 10% de la jornada anual) cabría una reforma legal que flexibilizara la localización de la prestación de servicios de un modo semejante. Ahora bien, en tal caso, parecería preceptivo articular un contrapeso colectivo a dicha opción o asegurar el mantenimiento del empleo de recurrir a la misma.
- E. No cabría plantear, ni siquiera teóricamente, el recurso a la movilidad geográfica cuando el empresario decida cambiar el lugar de la prestación de servicios al domicilio del empleado y seguir el procedimiento previsto para el traslado, en tanto se requiere cambio de residencia de la persona trabajadora (art. 40 ET).

Tal y como señala la «Consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia»: «el impacto real de estas formas de prestación u organización del trabajo se ha visto incrementada de manera exponencial por el impacto de la pandemia del COVID-19, lo que ha puesto de manifiesto sus ventajas y debilidades, así como la necesidad de que se aborde su regulación desde un marco jurídico de seguridad, certeza y transparencia».

Por ello, y ante las múltiples sendas por las que puede discurrir el futuro del teletrabajo y su difusión, es preciso volver a insistir en la necesidad de la proyectada regulación legal (y convencional) no solo del teletrabajo, sino de distintas modalidades de prestación de servicios que recurran de forma parcial al trabajo fuera del centro, capaz de sortear los escollos planteados en materia de prevención de riesgos, suplido de gastos, formación debida, control empresarial, brecha de género, jornada de trabajo o exclusión de determinados territorios por falta de la tecnología necesaria.

14. Bibliografía

- AUTORES VARIOS (2012): *El libro blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo remoto*, Madrid: Fundación Más Familia.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2018): «La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “deliveroo”», *Iuslabor*, 2.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio (2016): «El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo», *NREDT*, 188.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2017): «La prevención de riesgos laborales en la economía colaborativa: los e-nómadas», en *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Albacete: Bomarzo.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2019): «Lugar único, múltiple y ausencias de lugar a partir de la negociación colectiva», *Documentación Laboral*, 118.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2019b): «La ciberseguridad en la empresa: una aproximación desde el Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, 7.
- BAYLOS GRAU, Antonio (2019): «El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España», *Labour and Law Issues*, 5.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2020): «COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RD Ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)», *Iuslabor*, 1.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2020b): «Teletrabajo y desescalada: ¿en qué medida puede exigirse el reingreso al centro de trabajo?», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 27 de mayo de 2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2020c): «COVID-19: Caminando en la niebla y el Derecho laboral de excepción», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 4 de junio de 2020.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva (2012): *El derecho a la formación para el empleo: el art. 23 ET*, Pamplona: Aranzadi.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva (2019): «Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos», *Trabajo y Derecho*, 50.
- CALVO GALLEGO (2020): «Trabajo a distancia y otras medidas alternativas», <http://grupo.us.es/iwpr/covid-19-y-derecho-social/objetivos-y-principales-medidas-en-el-plano-laboral/trabajo-a-distancia/>.
- CAMAS RODA, Ferrán (2018): «Tecnología y relaciones laborales: cambios en la jornada y en el lugar de trabajo. Aportaciones del Derecho Comunitario y comparado», en *XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social: nuevas tecnologías y relaciones laborales*, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (2020): «Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de COVID-19», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4.
- CC.OO. (2020): *Manual de respuesta sindical en caso de ERTE, prestaciones por desempleo y otras situaciones relacionadas con el COVID-19*, CC.OO.
- CC.OO. (2020b): *El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral*, CC.OO.

- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2020): «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4.
- CUADROS GARRIDO, M.^a Elisa (2018): *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Cizur Menor: Aranzadi.
- DE CASTRO MEJUTO, Luis Fernando (2016): «La formación y promoción profesional en el teletrabajo», *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona: Aranzadi.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Arancha (2016): *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid: CEF.
- ESPÍN SÁEZ, Maravillas (2014): «Los convenios de la OIT sobre el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 112.
- EUROFOUND (2020): *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age, New forms of employment series*, Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- EUROFOUND Y OIT (2017): *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Ginebra: Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office.
- FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel (2020): «Comentarios sobre la regulación excepcional derivada de la COVID-19 respecto al régimen contractual laboral», *Ciudad del Trabajo*, 30.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel (2019): «Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores», *RTSS(CEF)*, 452.
- GARCÍA ROMERO, Belén (2012): *El teletrabajo*, Madrid: Civitas.
- GARRIDO PÉREZ, Eva (2017): «La representación de los trabajadores al servicio de las plataformas colaborativas», *RDS*, 80, 2017.
- GINÈS I FABRELLAS, Anna (2020): 100 preguntas y respuestas sobre las medidas laborales ante el COVID-19, <http://itemsweb.esade.edu/research/Esade-Guia-100-Preguntas-Respuestas-Covid-19-FINAL-convertido.pdf>.
- IGARTÚA MIRÓ, Teresa (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», *RTSS(CEF)*, 452.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2020): «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4.
- LEONÉS SALIDO, José Manuel (2000): «Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 431.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2011): «El trabajo a domicilio y el teletrabajo», *Revista Técnico Laboral*, 129.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2002): «Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo», *La Ley Digital*, 4156: 7.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2015): «La seguridad y salud en el trabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Cizur Menor: Aranzadi.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2016): «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho*, 16.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2017): «El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral», *IUS Labor*, 2.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2020): *Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus*.

- MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves (2005): *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del tiempo de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NTP 412: *Teletrabajo: criterios para su implantación*.
- NTP 759: *La adicción al trabajo*.
- OIT (2020): *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante*, Ginebra, OIT.
- ONTSI (2020): *Dossier de indicadores de teletrabajo y trabajo en movilidad en España y la UE*, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.
- PASTOR MARTÍNEZ, Alberto (2018): «Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales», *IUS Labor*, 2.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel y PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo (2013): «Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012», *AL*, 2.
- RIBES MORENO, María Isabel (2018): «Representación unitaria y centro de trabajo: un modelo en crisis», *Temas Laborales*, 141.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2020): «Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2018): «El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo», en *El futuro del Trabajo: retos para la negociación colectiva*, Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: 93-148.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2019): «Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes», *DP: Revista d'Internet, Dret i Política*, 28.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2019): «La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales», *Temas Laborales*, 146.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2019): «Cambios en el mundo del trabajo. El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital y la adaptación sindical», en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/06/cambios-en-el-mundo-del-trabajo-el.html>, 3 de junio de 2019.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2020): «Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2020b): «El trabajo a domicilio (en versión clásica y moderna). La aplicación del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184 de la OIT (y referencias a la normativa española y al acuerdo europeo)», en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/el-trabajo-domicilio-en-version-clasica.html>, 17 de marzo de 2020.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo (2003): *Teletrabajo y globalización en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- SELMA PENALVA, Alejandra (2016): «El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas», *Temas Laborales*, 134.

- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y KAHALE CARRILLO, Djamil (2013): *Teletrabajo*, Madrid: Francis Lefebvre.
- SERRANO GARCÍA, Juana María (2002): «Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002», *RL*, 21.
- SERRANO GARCÍA, Juana María (2009): «El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva», *Revisa de Derecho Social*, 45.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena (2016): «La retribución, suspensión y extinción en el teletrabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 224.
- SOLÀ I MONELS, Xavier (2004): «El deber empresarial de protección en los supuestos de teletrabajo; contenido y alcance», en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo.
- SUÁREZ QUIÑONES, Juan Carlos (2016): «La organización del tiempo de trabajo y descanso y la conciliación en el teletrabajo», en *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona: Aranzadi.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo (2018): «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)», *Trabajo y derecho*, 41.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo (2020): «Capítulo VII: El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva», en prensa.
- THIBAUT ARANA, Javier (2000): *El teletrabajo*, Madrid: CES.
- THIBAUT ARANA, Javier (2020): «Teletrabajo: registro horario y accidentes en el hogar», *El Derecho.com*, <https://elderecho.com/teletrabajo-registro-horario-accidentes-hogar>, 27 de marzo de 2020.
- VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (2016): «Teletrabajo y responsabilidad social empresarial», en *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Cizur Menor: Aranzadi.

LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN TIEMPOS DEL CORONAVIRUS

The occupational risk prevention services in Coronavirus times

RUBÉN LÓPEZ FERNÁNDEZ*

Universidad de Murcia, España

RESUMEN

La aparición del COVID-19 no solo ha sacudido al mundo del trabajo, sino que trasciende a todas las dimensiones de lo conocido. Cuando apenas se llevan andados dos meses desde que se decretara el estado de alarma por parte del Gobierno, para transitar por el escenario incierto de esta crisis sanitaria sin precedentes, ya se puede atisbar que la recuperación económica será larga y dificultosa, sobre todo desde el prisma de las relaciones laborales. El presente artículo hace un repaso de las principales medidas normativas adoptadas sobre el mercado de trabajo, pero sobre todo aborda los pormenores de la actuación de los servicios de prevención de riesgos laborales durante esta situación, esperemos transitoria. Por último, se centra en el tratamiento que se ha de dispensar a los trabajadores especialmente sensibles a la exposición por coronavirus, los cuales también deberán pasar a situación de incapacidad temporal, con la prestación económica correspondiente al accidente laboral, previo estudio del área sanitaria del servicio de prevención.

Palabras clave: COVID-19, prevención de riesgos laborales, servicios de prevención, crisis sanitaria, trabajadores especialmente sensibles, Coronavirus, SARS-CoV-2.

ABSTRACT

The emergence of COVID-19 has not only shaken the world of work, but it also transcends all dimensions that are known of. It has barely been two months since the state of alarm was declared by the Government, to travel through the uncertain scenario of this unprecedented health crisis, and it can already be seen that the economic recovery will be long and difficult, especially in the field of labor relations. This article reviews the main regulatory measures adopted on the labor market, but its main focus will be on addressing the details of the performance of the occupational risk prevention services during this situation, hopefully transitory. Finally, the article will shed some light on the treatment to be given to workers especially, those who are more affected by the Coronavirus, who must also go into a situation of temporary unemployment, as well as the financial benefit they are entitled to receive, after studying the health area concerned with the prevention service.

Keywords: COVID-19, occupational risk prevention, prevention services, Coronavirus, SARS-CoV-2.

* **Correspondencia a:** Rubén López Fernández. c/ Francisco Hernández Vidal, 7, 30500-Molina de Segura, Murcia (España) – ruben.lopez1@um.es – <https://orcid.org/0000-0002-0152-5840>

Cómo citar: López Fernández, Rubén. (2020). «Los servicios de prevención de riesgos laborales en tiempos del coronavirus»; *Lan Harremanak*, 43, 202-215. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21714>).

Recibido: 11 mayo, 2020; aceptado: 03 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

El último día de 2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (en la provincia china de Hubei) informó de 27 casos de una neumonía de origen desconocido. Todos compartían un elemento común: la exposición a un mercado mayorista de marisco, pescado y otros animales vivos. El 7 de enero de 2020 se determinó, como agente causante, a un nuevo virus de la familia *Coronaviridae*, que daría en llamarse SARS-CoV-2. El 30 de enero, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional, y el 11 de marzo la pandemia internacional. Sin ánimo de ahondar con exhaustividad en esta cronología, bastará decir que la del COVID-19 es la crisis más letal a la que se ha enfrentado la humanidad en casi un siglo, y que decenas de instituciones, nacionales y supranacionales¹, vienen siguiendo con rigor su propagación para publicar regularmente instrumentos informativos y recursos con los que hacerle frente de manera global. En comunicación constante con estos organismos, y siguiendo sus directrices, los Ministerios de Sanidad y de Trabajo están alumbrando cuantiosos Documentos técnicos para los profesionales, los cuales están en actualización permanente, así como documentos informativos dirigidos a la población en general. Algunos de ellos serán referidos aquí.

Se trata, pues, de una situación sin precedentes a escala mundial. En un cortísimo espacio de tiempo se está asistiendo a situaciones inéditas, y a una concatenación de respuestas y medidas insólitamente novedosa. Como ejemplo, puede referirse la prohibición más estricta que haya adoptado nunca el Consejo Europeo, cuando el 17 de marzo cerró las fronteras exteriores de la zona Schengen; o el acuerdo alcanzado un día antes entre la OMS y la Cámara de Comercio Internacional para una actuación conjunta, por el que esta última ponía a disposición de la lucha contra el virus su red de 45 millones de empresas.

En España se ha puesto en práctica un instrumento que sólo había sido utilizado una vez desde su entrada en vigor: el estado de alarma². Ello con el propósito de gestionar la presente crisis sanitaria y por medio del RD 463/2020, de 14 de

¹ Por ejemplo, la OMS, la Organización Internacional del Trabajo, el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades o el Centro Canadiense de Seguridad y Salud en el Trabajo.

² Con apoyo en el art. 4.b) Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Ya se empleó en diciembre de 2010, para atenuar la situación generada de puesta en peligro del derecho fundamental a la libertad de circulación y movimiento (art. 19 Constitución), al abandonar los controladores aéreos civiles sus obligaciones. En contraposición a aquel suceso, en el que la afectación se circunscribió a las torres de control de los aeropuertos y a los centros gestionados por AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea), el estado de alarma aún vigente afecta a todo el territorio nacional.

marzo, que fue publicado por el BOE a última hora de ese mismo día. La norma despliega el paquete de medidas que viene afectando a la libertad de movimientos de todos los ciudadanos en múltiples facetas de la vida. De entre estas, aquí se hace ligera referencia a las medidas adoptadas sobre las relaciones laborales, que por lo pronto ponen negro sobre blanco la insuficiencia del ordenamiento existente para encarar esta crisis, tanto en la trinchera de la protección de la salud de las personas como en la del mantenimiento de la economía. Así las cosas, vuelve a atisbarse en el horizonte inmediato una destrucción de empleo similar a la de la crisis económica de 2008, una precarización del mismo en términos generales, y consecuencias hartamente demoledoras para los grupos sociales más desfavorecidos.

2. Las relaciones laborales tras la declaración del estado de alarma

La presente crisis sanitaria ha impactado en el mercado de trabajo español con una violencia desconocida hasta el momento. Las medidas de confinamiento y limitación de la actividad³ han puesto a la economía —y por extensión a las relaciones laborales— en un estado de «cuasi-hibernación» que ha derivado en caída de la demanda interna —fundamentalmente motivada por el descenso del consumo, aunque también por el de la inversión— así como en ausencia de producción de ciertos bienes y servicios que dieron en considerarse «no esenciales».

En el caso de España, el Gobierno viene actuando de forma escalonada, lo cual pone una dificultad añadida a todo estudio que se pretenda emprender sobre las futuras consecuencias económicas. Analizar o estimar esas implicaciones económicas en el medio plazo, dada la situación de incertidumbre de la propia evolución de la pandemia, obliga a reajustar continuamente todos los parámetros. Con todo, puede ya decirse que el paro registrado ha subido durante el primer mes de confinamiento todo lo remontado desde la salida de la anterior crisis económica⁴.

En lo que atañe a las medidas adoptadas sobre la normativa laboral para capear tan excepcional escenario⁵, cabe destacar que el art. 5 RD-Ley 8/2020 es-

³ RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

RD-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de lucha contra el COVID-19.

⁴ Véase, por ejemplo, a Llorente Heras, Raquel (2020) «Impacto del COVID-19 en el mercado de trabajo: un análisis de los colectivos vulnerables», *Documentos de trabajo (Instituto Universitario de Análisis Económico y Social)*, 2.

⁵ Para mejor conocimiento, puede leerse a Jalil Naji, Maiedah (2020) «Normativa laboral de excepción COVID-19 en España», *Noticias CIELO*, extra 0; o a Arastey Sahún, María Lourdes (2020) «Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por el Coronavirus», *Diario La Ley*, 9606.

tablece el teletrabajo como opción preferente sin necesidad de acuerdo entre las partes⁶. El art. 25.1 de la misma norma agiliza el procedimiento para solicitar la prestación por desempleo a los afectados por un ERTE con motivo de la pandemia, eliminando el período de carencia exigido por el art. 269 LGSS⁷. También es de resaltar que el art. 5 RD-Ley 6/2020 asimile a accidente de laboral los contagios por COVID-19 —se produjeran o no con ocasión o por consecuencia del trabajo desempeñado—, así como los períodos de aislamiento por haber estado en contacto con casos ya confirmados, recibiendo, pues, ambas contingencias una prestación económica mayor⁸.

3. La actuación de los servicios de prevención de riesgos laborales durante la crisis sanitaria

En este contexto, el papel de los servicios de prevención de riesgos laborales (SPRL) está llamado generalmente a hacer de eslabón entre las autoridades sanitarias y sus empresas cliente, cooperando con las primeras en determinadas cuestiones —algunas de las cuales serán abordadas aquí— y proporcionando a las segundas una información actualizada de cuantas recomendaciones y documentos sean emitidos, para adaptar sus actividades a esta nueva y cambiante situación y siempre con el objeto de limitar los contagios. Como el contacto con el COVID-19 puede afectar a personal sanitario y no sanitario, es a las empresas a quienes corresponde evaluar el riesgo de exposición de sus trabajadores en función de la actividad y de las concretas tareas desempeñadas, siguiendo las directrices indicadas por el SPRL y en atención a lo pautado por las autoridades sanitarias.

En lo atinente al riesgo biológico en entornos laborales, las medidas de precaución se apoyan en el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. El *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*⁹ (Procedi-

⁶ En materia preventiva, el mismo precepto flexibiliza las obligaciones de evaluar los riesgos laborales y planificar la actividad preventiva que el art. 16 LPRL impone al empresario. En detrimento de ello, se permite realizar una «autoevaluación» a la propia persona trabajadora.

⁷ Trescientos sesenta días cotizados dentro de los seis años inmediatamente anteriores al hecho causante.

⁸ Se trata de calificaciones de carácter extraordinario, limitadas a la coyuntura actual, y aplicables de manera exclusiva a la prestación por incapacidad temporal. Otras prestaciones derivadas como la incapacidad permanente, la viudedad o la orfandad, siguen considerándose contingencia común.

⁹ Véase en www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL_COVID-19.pdf

miento), en función de las actividades realizadas y conforme a los mecanismos de transmisión del COVID-19, define los siguientes escenarios de riesgo¹⁰:

- **Exposición de riesgo:** aquellas situaciones laborales en las que se puede producir un contacto estrecho con un caso posible, probable o confirmado de infección por el SARS-CoV-2, sintomático.
- **Exposición de bajo riesgo:** aquellas situaciones laborales en las que la relación que se pueda tener con un caso posible, probable o confirmado, no incluye contacto estrecho.
- **Baja probabilidad de exposición:** trabajadores que no tienen atención directa al público o, si la tienen, se produce a más de dos metros de distancia, o disponen de medidas de protección colectiva que evitan el contacto (mampara de cristal, separación de cabina de ambulancia, etc.).

Respecto de los equipos de protección individual (EPI), conforme a lo establecido por el RD 773/1997¹¹, deberán estar certificados de acuerdo con el Reglamento (UE) 2016/425. Cuando mascarillas o guantes estén destinados a uso médico, para prevenir el contagio de una enfermedad en el paciente, deberán certificarse como productos sanitarios conforme al RD 1591/2009¹². A este punto, la recomendación general es usar EPI desechables que garanticen la máxima protección con la menor molestia posible para el usuario. El recién referido Procedimiento dedica sus anexos II y III a informar sobre la forma óptima de empleo de los EPI, determinada por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. El anexo III, además, expone estrategias para optimizar el uso de mascarillas, guantes y ropa de protección. No se trata de una descripción exhaustiva de cuantos EPI podrían proteger frente a un riesgo biológico, sino de los adecuados para el personal «potencialmente expuesto en el manejo de las personas con sintomatología de infección por el coronavirus». En el anexo II se abordan aspectos de protección respiratoria, guantes y ropa de protección, protección ocular y facial, colocación y retirada de los EPI, desecho, almacenaje y mantenimiento. Después de su utilización, los EPI deben tratarse como elementos posiblemente contaminados y, por tanto, como un foco

¹⁰ Tabla 1. Escenarios de riesgo de exposición al coronavirus SARS-CoV-2 en el entorno laboral (actualizada a 30 de abril).

Se define como **caso posible** aquel que presenta infección respiratoria aguda leve sin criterio para realizar la prueba. **Caso descartado** es aquel cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 han dado negativo. Se habla de **caso probable** cuando los resultados no son concluyentes, y se envían al Centro Nacional de Microbiología para su confirmación. Por último, cabe considerar **caso confirmado** al que cumple criterio de laboratorio para PCR de *screening* positiva y PCR de confirmación en un gen alternativo.

¹¹ De 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

¹² De 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

de riesgo. Así pues, una retirada inapropiada de los mismos podría provocar la exposición del profesional. En atención a esto, debe acometerse un protocolo de puesta y retirada de todos los EPI secuenciado y pormenorizado. Tras la retirada, los que sean desechables se depositarán en contenedores habilitados al efecto y recibir tratamiento como residuos biosanitarios clase III; los EPI no desechables serán lavados adecuadamente y conforme a la documentación técnica.

Exposición de riesgo	Exposición de bajo riesgo	Baja probabilidad de exposición
<p>Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a una persona sintomática.</p> <p>Técnicos de transporte sanitario, si hay contacto directo con la persona sintomática trasladada.</p> <p>Situaciones en las que no se puede evitar un contacto estrecho en el trabajo con una persona sintomática.</p>	<p>Personal sanitario cuya actividad laboral no incluye contacto estrecho con una persona sintomática, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Acompañantes para traslado. — Celadores, camilleros, trabajadores de limpieza. <p>Personal de laboratorio responsable de las pruebas de diagnóstico virológico.</p> <p>Personal no sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados.</p> <p>Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.</p>	<p>Trabajadores sin atención directa al público, o a más de 2 metros de distancia, o con medidas de protección colectiva que evitan el contacto, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Personal administrativo. — Técnicos de transporte sanitario con barrera colectiva, sin contacto directo con el paciente. — Conductores de transportes públicos con barrera colectiva. — Personal de seguridad.
Requerimientos		
<p>En función de la evaluación específica del riesgo de exposición de cada caso: componentes de EPI de protección biológica y, en ciertas circunstancias, de protección frente a aerosoles y frente a salpicaduras.</p>	<p>En función de la evaluación específica del riesgo de cada caso: componentes de EPI de protección biológica.</p>	<p>No necesario uso de EPI.</p> <p>En ciertas situaciones (falta de cooperación de una persona sintomática):</p> <ul style="list-style-type: none"> — protección respiratoria, — guantes de protección.

El Procedimiento además expone a los SPRL directrices en materia de trabajadores especialmente sensibles (en adelante TES), estudio y manejo de contactos, o colaboración en la gestión de la incapacidad temporal¹³. En atención a este último aspecto, el servicio sanitario de los SPRL tiene la obligación de elaborar un informe para que quede acreditada la situación susceptible y remitirlo a los servicios de atención primaria —si bien el procedimiento difiere ligeramente según la Comunidad Autónoma—, que son quienes se encargan de su tramitación. A este respecto, el Procedimiento considera situaciones susceptibles del tratamiento anterior:

1. Los casos confirmados que requieran las autoridades sanitarias.
2. Los casos posibles, probables y los contactos estrechos con casos posibles, probables o confirmados ocurridos en la empresa.
3. Los trabajadores especialmente sensibles en relación al SARS-Cov-2, siempre que no sea posible su reubicación o la adaptación de su puesto¹⁴.

El anexo I del Procedimiento aporta a los SPRL dos formatos de informe para la comunicación de estas circunstancias: uno para los casos posibles, probables, confirmados o de contacto estrecho, y otro para trabajadores especialmente sensibles. Asimismo, tienen que informar de la obligatoriedad del aislamiento preventivo, de que la remisión de los partes tiene que hacerse sin la presencia del trabajador afectado, y de que, aun siendo vehiculados por los canales de la enfermedad común, el INSS procederá de forma interna a convertirlos en accidente de trabajo a efectos de la prestación económica a que den lugar.

Al margen de lo anterior, los SPRL tienen la obligación de informar y formar a los trabajadores que le requieran sus empresas cliente —así como de asesorar a estas últimas—, sobre las medidas higiénicas a acometer tanto de carácter personal como para los lugares de trabajo, en relación a los riesgos de exposición al virus. La empresa debe informar adecuadamente —y recoger formato firmado por cada trabajador— de las recomendaciones emitidas por los Ministerios de Sanidad y de Trabajo en la materia; también de los pasos a seguir en caso de presentar síntomas compatibles con la enfermedad. El SPRL facilitará a las empresas los formatos de información referidos, y cartelería difundida por diversas instituciones sobre las buenas costumbres a seguir mientras dure la crisis sanitaria. Paralelamente, el SPRL hará llegar a los trabajadores, de manera no presen-

¹³ En las *Instrucciones aclaratorias relativas al nuevo procedimiento de remisión de partes de los Servicios Públicos de Salud por coronavirus*, el INSS establece que son los médicos del Servicio Público de Salud los que deben emitir los partes de baja y alta en los casos de afectación por COVID-19, tanto en las situaciones de contagio como en las de aislamiento, así como a todos los trabajadores que por su situación clínica lo necesiten, sean personal sanitario o no.

¹⁴ Aspecto que será abordada en el punto 3 del presente texto.

cial, un manual de prevención específico sobre el coronavirus SARS-CoV-2 y un test cuyo contenido será el tratado en dicho manual¹⁵.

4. La gestión de las personas especialmente vulnerables y los trabajadores especialmente sensibles al SARS-CoV-2

Como se sabe, los SPRL tienen obligación de asesorar y asistir técnicamente a sus empresas cliente, a los trabajadores de estas y a sus representantes, sobre los aspectos relativos a la interrelación entre salud y trabajo. A este respecto, una de sus atribuciones clave es la de identificar a los denominados trabajadores especialmente sensibles frente a determinado riesgo, siendo en estos momentos la exposición al COVID-19 uno de los más evidentes. Esta tarea deben llevarla a cabo los profesionales sanitarios de los SPRL, que la desempeñarán identificando y evaluando este riesgo en las empresas concretas, al tiempo que valorando las condiciones de salud de cada trabajador. En relación a estos trabajadores especialmente sensibles al virus, se emite un informe con recomendaciones sobre las medidas específicas de prevención, adaptación y protección a acometer, en aras de alcanzar unas condiciones que permitan realizar el trabajo sin que el estado psicofísico de la persona en cuestión incorpore un riesgo sobreañadido a la posible exposición.

Con las evidencias científicas disponibles por el Ministerio de Sanidad a la fecha de este texto, se consideran grupos vulnerables de riesgo frente al COVID-19 a las personas con diabetes, enfermedad cardiovascular —incluida la hipertensión—, enfermedad pulmonar crónica, inmunodeficiencia, cáncer en fase de tratamiento activo, mayores de 60 años y mujeres embarazadas. En

¹⁵ En lo que atañe a estas obligaciones, empresa y SPRL pueden servirse de los numerosos instrumentos informativos que han ido apareciendo en materia, los cuales abordan cuestiones (algunas ya referidas aquí) como medidas higiénicas u organizativas; protección individual; protocolos a seguir frente a casos confirmados, probables, posibles o contactos; formación e información; desplazamientos; o gestión de residuos. Sin ánimo de exhaustividad, se refieren los siguientes: *Buenas prácticas en los centros de trabajo* (www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencial/Documents/2020/GUIACEN_TROSTRABAJOCOVID19b.pdf), *Medidas preventivas generales para garantizar la separación entre trabajadores frente a COVID-19* ([file:///C:/Users/Ruben/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/MEDIDAS%20PREVENTIVAS%20GENERALES%20PARA%20GARANTIZAR%20LA%20SEPARACION%20ENTRE%20TRABAJADORES%20FRENTE%20A%20COVID-19%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Ruben/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/MEDIDAS%20PREVENTIVAS%20GENERALES%20PARA%20GARANTIZAR%20LA%20SEPARACION%20ENTRE%20TRABAJADORES%20FRENTE%20A%20COVID-19%20(1).pdf)), *Guía de actuación en materia preventiva por causa del COVID-19 en las obras de construcción* (www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2020/04/10/guia-actuacion-en-materia-preventiva-por-causa-covid-19-en-obras-construccion); o *Guía de actuación en materia preventiva por causa del COVID-19 en las actividades del sector del metal* (www.aecim.org/wp-content/uploads/2020/04/Guia-COVID-19-METAL.pdf?utm_medium=email&utm_campaign=AECIM%20Laboral&utm_content=AECIM%20Laboral+CID_9d7f4abeb1cec399e36011cae2963ded&utm_source=Email%20marketing&utm_term=Gua%20preventiva).

cuanto a estos trabajadores, el área sanitaria del SPRL debe estudiar sus características personales, su estado biológico y psicológico conocido, o que se pueda conocer, considerando el resultado de la evaluación de riesgos actualizada, los criterios de especial sensibilidad y, conforme a estos, determinar las medidas de prevención y protección que se estimen necesarias. Y es que no ha de perderse de vista el art. 25 LPRL, que en su punto 1 establece que estos trabajadores:

... no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

Lo cual no es óbice para que, antes de tramitar sus bajas por incapacidad temporal, se intente adaptar sus puestos de trabajo o reubicarlos en otros carentes de riesgo.

A propósito de esto, el *Criterio para la gestión de personas especialmente vulnerables y trabajadores/as especialmente sensibles frente al SARS-CoV-2 en las empresas de Cataluña en el contexto de pandemia*¹⁶ hace una distinción entre ambos conceptos. Las personas especialmente vulnerables (PEV) podrían definirse como aquellas que presentan factores de riesgo relacionados con su estado de salud que pueden incrementar, en base a criterios epidemiológicos y clínicos, la probabilidad de desarrollar el COVID-19 o presentar una evolución clínica desfavorable en caso de padecerlo. Las PEV, a juicio del documento, requieren en cualquier caso una atención específica por parte de empresa y SPRL, para adecuar la protección o las condiciones de trabajo más allá del nivel otorgado a la generalidad de los trabajadores. Ya se sabe que los TES son aquellos que «por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial» hayan de considerarse especialmente vulnerables a los riesgos presentes en su actividad laboral. Asumiendo lo anterior, ser considerado PEV en relación con el coronavirus no significa automáticamente ser calificado como TES conforme al art. 25 LPRL. El matiz que les separa es el «riesgo laboral» al que tiene que estar expuesto el sujeto, y del cual la empresa lo debe proteger en aplicación de los preceptos de la LPRL y del RD 664/1997. La iniciativa de valorar a una PEV como posible TES frente al COVID-19 corresponde a la empresa, vía SPRL; pero también puede requerirlo el propio trabajador.

¹⁶ Associació Catalana de Salut Laboral (2020) «Criterio para la gestión de personas especialmente vulnerables y trabajadores/as especialmente sensibles frente al SARS-CoV-2 en las empresas de Cataluña en el contexto de pandemia», *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 8 de abril.

El referido documento expone una tabla elaborada apoyándose en orientaciones y recomendaciones de diversas instituciones sanitarias. Entre otras, el Departament de Salut de Catalunya, el Ministerio de Sanidad, el European Centre for Disease Prevention and Control, o los Centers for Disease Control and Prevention. Se trata de una tabla sencilla y no cerrada, con el objeto de ayudar al personal médico a valorar cada caso, y que incluye: mayores de 65 años, mayores de 50 años asociados a comorbilidad, enfermedades cardíacas, enfermedades respiratorias crónicas, enfermedades endocrinológicas graves o descompensadas, obesidad mórbida, neoplasias con tratamiento activo, inmunodeficiencia e inmunosupresión, enfermedades digestivas crónicas graves, enfermedades hepáticas crónicas graves, enfermedades renales crónicas graves, embarazos, y trastornos psiquiátricos graves. La tabla y sus recomendaciones se refieren a las personas en general, y contrasta con los colectivos vistos para ser considerado TES, más reducidos.

Al margen del listado anterior —al que poca relevancia jurídica cabe darle por el momento, más allá de prestarles una atención más intensa desde el punto de vista preventivo—, se puede considerar como muy probable TES a las personas pertenecientes a alguno de los grupos considerados por el Ministerio de Sanidad —enumerados en la página anterior—, que ocupen un puesto de trabajo para el que la evaluación de riesgos considere que existe peligro de exposición y para el que las medidas preventivas adoptadas no hayan podido garantizar un control total del riesgo. Respecto de ellos, la empresa debe adoptar medidas específicas, de acuerdo a su especial sensibilidad, para eliminar la exposición: organizativas, técnicas, formación e información, EPI, etc. En caso de no ser ello posible, ni reubicarlos en otros puestos libres de riesgo —priorizando la posibilidad del teletrabajo—, debe elaborarse mediante el área sanitaria del SPRL un informe pormenorizado de su condición de salud, que será remitido al médico de atención primaria del trabajador de manera no presencial para ser tramitada su baja por incapacidad temporal por parte del servicio de salud público.

En el caso concreto de la trabajadora gestante, se considera poco probable que su estado represente un incremento en el riesgo de contagio o, caso de contagiarse de COVID-19, experimentar un cuadro clínico grave. En cuanto a la transmisión hereditaria, tampoco hay elementos para concluirla en mujeres infectadas durante el tercer trimestre de embarazo¹⁷. Con todo, y dado lo que supone una maternidad, parece que las autoridades sanitarias han preferido aplicar el principio de la precaución.

¹⁷ Investigadores chinos no encontraron evidencias de transmisión vertical en un grupo de nueve embarazadas con diagnóstico confirmado de COVID-19. Véase Chen, Huijun (2020) «Clinical characteristics and intrauterine vertical transmission potential of COVID-19 infection in nine pregnant women: a retrospective review of medical records», *Lancet*, 395.

Capítulo aparte merecería, en el escenario presente, la actuación preventiva para los profesionales sanitarios¹⁸. En una crisis de transmisión comunitaria sostenida como esta es imprescindible que el sistema sanitario pueda mantener la capacidad de respuesta para asegurar la continuidad de la asistencia al flujo de pacientes en los hospitales. Por tanto, conviene insistir en la importancia de que todos los profesionales sanitarios actúen escrupulosamente conforme a las indicaciones de precaución ante cualquier paciente con síntomas respiratorios, con el objeto siempre de minimizar las exposiciones. Se considera, a todos los efectos, profesional sanitario a todos aquellos que figuran en la Ley 44/2003¹⁹.

El manejo de casos en esta rama de la actividad —la más expuesta y a la vez la más crucial frente a la pandemia— puede sintetizarse en lo que se va a exponer aquí. A los trabajadores que presenten síntomas, aunque sean leves, se les indicará que contacten con el SPRL. Los clasificados como posibles, probables o confirmados, se retirarán de la actividad laboral y permanecerán aislados en sus domicilios recibiendo un tratamiento diferente según se esté ante un caso leve con aislamiento domiciliario o un caso grave que acabó requiriendo ingreso hospitalario. En el primer supuesto se realiza una PCR para finalizar el aislamiento. Para ello deben transcurrir 7 días desde el inicio de los síntomas, haber ausencia de fiebre sin necesidad de toma de antitérmicos y mejoría clínica respiratoria en los 3 días anteriores. Si la PCR es negativa y el trabajador se reincorpora a su actividad asistencial, deberá hacerlo con mascarilla quirúrgica hasta completar los 14 días desde el inicio de los síntomas, evitando además el contacto con personas vulnerables a esta enfermedad; si la PCR es positiva, continuará el aislamiento hasta que el resultado sea negativo aviniéndose al protocolo marcado por cada Comunidad Autónoma.

Si el caso requirió ingreso hospitalario, por haber presentado un cuadro clínico grave, podrán recibir el alta hospitalaria cuando su situación lo permita, y aunque su PCR siga siendo positiva. No obstante, deberán mantener aislamiento domiciliario monitorizado al menos 14 días desde el alta, y siempre que haya bajado la fiebre y hayan transcurrido 3 días desde la resolución de los síntomas.

Los contactos en el ámbito sanitario se manejan en función del tipo de exposición:

1. **Un contacto casual con caso probable o confirmado de COVID-19 sin EPI**, continuará con su actividad asistencial normal y se realizara vigilancia pasiva de síntomas.

¹⁸ Sobre el tema puede verse, por ejemplo, la *Guía de actuación frente a COVID-19 en los profesionales sanitarios y socio-sanitarios*, elaborada por el Ministerio de Sanidad, y cuya última actualización a la fecha en que se escriben estas líneas data del pasado 13 de abril: www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Protocolo_Personal_sanitario_COVID-19.pdf.

¹⁹ De 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

2. Igual tratamiento se dará a un **contacto estrecho con caso posible, probable o confirmado de COVID-19 con uso adecuado de EPI**.
3. Un **contacto estrecho con caso posible, probable o confirmado de COVID-19 sin EPI**, recibirá un tratamiento diferente según se valore como una exposición de bajo o de alto riesgo. De ser considerada la exposición como de bajo riesgo, se continuará con la actividad normal y se hará vigilancia pasiva. De ser considerada como de alto riesgo, se retirará al profesional de la actividad y se realizará un test diagnóstico por PCR. Si el test da negativo se le reincorporará a la actividad, garantizando el uso de mascarilla quirúrgica y guantes en la asistencia y siguiendo vigilancia activa de la posible aparición de síntomas. Si el test da positivo, se iniciará el procedimiento de manejo de casos confirmados anteriormente descrito. De no habersele podido realizar el test diagnóstico por PCR, se realizará cuarentena domiciliaria durante 14 días con vigilancia activa de síntomas.

Cualquiera de los supuestos anteriores, caso de desarrollar síntomas, se deben notificar al servicio de salud laboral, SPRL o servicio de medicina preventiva del hospital o al 112, para iniciar el procedimiento de manejo de casos conforme a lo establecido en la Comunidad Autónoma.

Los casos confirmados deben comunicarse urgentemente al servicio de salud pública de la Autonomía correspondiente, que los notificará al Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, del Ministerio de Sanidad, y al Centro Nacional de Epidemiología, según lo establecido en cada momento.

5. Conclusiones

En los primeros compases del estado de alarma, se asistió a diversos desbarajustes institucionales que vinieron en buena medida motivados por la novedad del enemigo. Desde el prisma de los SPRL, cabe hablar de la incertidumbre respecto a si la exposición al COVID-19 se debía considerar un riesgo grave e inminente, muy ligada tal cuestión a si esta era un riesgo laboral o no²⁰.

²⁰ Ello fue generado por la cascada de denuncias recibidas por la Inspección de Trabajo por parte trabajadores que entendían tal cosa. Muchos funcionarios actuantes de la propia Inspección, así como las Autoridades Laborales de las distintas Comunidades Autónomas —que tienen atribuida la competencia de paralizar los trabajos en tales casos— no sabían a qué atenerse. El criterio fue que tal exposición no se consideraba riesgo laboral y, por ende, tampoco riesgo grave e inminente susceptible de propiciar una paralización en los trabajos. Sí se estaba (y se está) ante un riesgo laboral en el caso de los trabajos sanitarios, pero en cuanto a las actuaciones pertinentes se descartaba la paralización de la actividad por riesgo grave e inminente, pues, mientras dure el estado de alarma se ha de entender que el interés general y el derecho a la salud de la población está por encima de la integridad del tra-

También se observó cierta descoordinación en la tramitación como incapacidad temporal de los trabajadores especialmente sensibles al virus. Durante los primeros días —incluso semanas— del estado de alarma, algunos médicos de cabecera desconocían ser quienes habían de recibir el informe de riesgo elaborado por el SPRL, para dar traslado de tal situación al órgano del servicio público de salud habilitado al efecto. El hecho de que el procedimiento sea distinto según la Comunidad Autónoma en cuestión, pudo tener mucho que ver.

Se seguirán produciendo, indudablemente, constantes intervenciones normativas del poder ejecutivo durante lo que se ha dado en llamar «desescalada»²¹. En cada una de sus fases, los SPRL deberán informar a sus empresas cliente sobre los protocolos a seguir para la reapertura de sus actividades y la adaptación a una nueva normalidad, en la medida en que el COVID-19 lo permita.

En lo que se espera sea el principio de una salida progresiva de esta crisis, se atisba una situación económica nada alentadora, con altos costes para la clase trabajadora (desempleo, precariedad laboral, exposición al virus durante la prestación de servicios en mayor o menor medida) y dificultades desconocidas para el tejido empresarial. Con todo, se seguirán con atención los nuevos acontecimientos de este escenario cambiante, para afrontar en las mejores condiciones posibles esta crisis sanitaria y social sin precedentes.

6. Bibliografía

- ARASTEY SAHÚN, María Lourdes (2020). «Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por el Coronavirus», *Diario La Ley*, 9606.
- ASSOCIACIÓ CATALANA DE SALUT LABORAL (2020). «Criterio para la gestión de personas especialmente vulnerables y trabajadores/as especialmente sensibles frente al SARS-CoV-2 en las empresas de Cataluña en el contexto de pandemia», *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 8 de abril.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (2020). *Guía de actuación en materia preventiva por causa del COVID-19 en las actividades del sector del metal* (www.aecim.org/wp-content/uploads/2020/04/Guia-COVID-19-METAL.pdf?utm_medium=email&utm_campaign=AECIM%20Laboral&utm_content=AECIM%20Laboral+CID_9d7f4abeb1cec399e36011cae2963ded&utm_source=Email%20marketing&utm_term=Gua%20preventiva).

bajador en cuestión, siendo el sector sanitario el servicio esencial por antonomasia. Así las cosas, se podría proceder a corregir, reducir o suspender parcialmente la actividad, pero no a paralizarla.

A más abundamiento, véase la Resolución del Director del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 20 de marzo del año presente, sobre la organización del organismo para la gestión de la crisis del COVID-19.

²¹ Proyectada por la Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, por la que se establecen las condiciones para la apertura al público de determinados comercios y servicios, y la apertura de archivos, así como para la práctica del deporte profesional y federado. Publicada por el BOE de 3 de mayo.

- CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (2020). *Guía de actuación en materia preventiva por causa del COVID-19 en las obras de construcción* (www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2020/04/10/guia-actuacion-en-materia-preventiva-por-causa-covid-19-en-obras-construccion).
- JALIL NAJI, Maiedah (2020). «Normativa laboral de excepción COVID-19 en España», *Noticias CIELO*, extra 0.
- LLORENTE HERAS, Raquel (2020). «Impacto del COVID-19 en el mercado de trabajo: un análisis de los colectivos vulnerables», *Documentos de trabajo* (Instituto Universitario de Análisis Económico y Social), 2.
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL (2020). *Buenas prácticas en los centros de trabajo* (www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia/Documentos/2020/GUIACEN_TROSTRABAJOCOVID19b.pdf).
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL (2020). *Guía de actuación frente a COVID-19 en los profesionales sanitarios y socio-sanitarios* (www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Protocolo_Personal_sanitario_COVID-19.pdf).
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2020). *Medidas preventivas generales para garantizar la separación entre trabajadores frente a COVID-19* ([file:///C:/Users/Ruben/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/MEDIDAS%20PREVENTIVAS%20GENERALES%20PARA%20GARANTIZAR%20LA%20SEPARACIÓN%20ENTRE%20TRABAJADORES%20FRENTE%20A%20COVID-19%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Ruben/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/MEDIDAS%20PREVENTIVAS%20GENERALES%20PARA%20GARANTIZAR%20LA%20SEPARACIÓN%20ENTRE%20TRABAJADORES%20FRENTE%20A%20COVID-19%20(1).pdf)).
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2020). *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2* (www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRLC_COVID-19.pdf).

LA REALIZACIÓN DE RECONOCIMIENTOS MÉDICOS PARA LA DETECCIÓN DE COVID-19 A LOS TRABAJADORES

The carrying out of medical recognitions for the detection of COVID-19 to workers

MIRENTXU MARÍN MALO*

Universidad Pública de Navarra, España

RESUMEN

El presente trabajo analiza la posibilidad de realizar pruebas de carácter obligatorio a los trabajadores para la detección de sintomatología compatible con la COVID-19. El objetivo perseguido con estas pruebas es el de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, por una parte; y evitar la propagación del virus, por otra. Para lograr el objetivo perseguido con este trabajo, se analiza la regulación relativa a la realización de reconocimientos médicos en el medio laboral, tanto en su contenido como en sus límites, dirigidos de manera especial a proteger el derecho a la intimidad recogido en el art. 18 CE. Posteriormente, se estudia el contenido del Reglamento General de Protección de Datos, haciendo especial referencia a los principios reguladores del tratamiento y a cómo limitan el uso de medios de detección de SARS-CoV-2 en las empresas.

Palabras clave: Reconocimiento médico, COVID-19, protección de datos, SARS-CoV-2, intimidad.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of carrying out mandatory tests on workers for the detection of symptoms compatible with COVID-19. The objective pursued with these tests is to protect the safety and health of workers, on the one hand; and prevent the spread of the virus, on the other. In order to achieve the objective pursued with this work, on the one hand, the regulations relating to the conduct of medical examinations in the workplace, both in terms of content and limits, aimed in particular at protecting the right to privacy, are analyzed. collected in art. 18 CE. Subsequently, the content of the General Data Protection Regulation is studied, making special reference to the regulatory principles of treatment and how they limit the use of SARS-CoV-2 detection means in companies.

Keywords: Medical examination, COVID-19, data protection, SARS-CoV-2, privacy.

* **Correspondencia a:** Mirentxu Marín Malo. Edificio las Encinas, c/ Cataluña s/n, UPNA - Campus de Arrosadía, 31006-Pamplona-Iruñea (España) – mirentxu.marin@unavarra.es – <https://orcid.org/0000-0002-9081-6155>

Cómo citar: Marín Malo, Mirentxu. (2020). «La realización de reconocimientos médicos para la detección de COVID-19 a los trabajadores»; *Lan Harremanak*, 43, 216-243. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21748>).

Recibido: 22 mayo, 2020; aceptado: 16 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Es indudable que los acontecimientos acaecidos en los últimos meses suponen un cambio de paradigma social que afecta, de manera directa, al ámbito laboral. La detección, por primera vez, del SARS-CoV-2 en la ciudad de Wuhan y su rápida expansión por todo el mundo ha provocado un cambio sustancial, no solo en la forma de vida de muchas comunidades, sino también en la manera en que los servicios laborales son prestados.

En el medio laboral, el cambio ha tenido un impacto importante en dos aspectos. En primer lugar, la capacidad del sistema laboral de generar empleos y mantenerlos se ha visto reducida como consecuencia de la crisis sanitaria generada con la expansión del SARS-CoV-2. En segundo lugar, la presencia del virus en el medio laboral supone un nuevo riesgo al que se debe hacer frente desde la prevención de riesgos laborales. Ello se pone de manifiesto, no solo en la forma de proceder de las empresas, que han tomado medidas como la reorganización de los turnos para evitar aglomeraciones de personas o dotar de EPIS frente al contagio a todos los trabajadores. En esta línea, desde la propia autoridad sanitaria y laboral, se recoge, en diferentes documentos oficiales, la importancia que la actuación de los servicios de prevención de las empresas tiene para evitar la propagación del SARS-CoV-2 entre la población (Ministerio de Sanidad-Instrucciones, 2020:3).

En el escenario de la lucha contra la pandemia, y ante el criterio del Ministerio de Sanidad que establece que el objetivo debe ser «la detección precoz de cualquier caso que pueda tener infección activa y que, por tanto, pueda transmitir la enfermedad» (Ministerio de Sanidad-Instrucciones, 2020:2), así como en el marco de la obligación empresarial de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, las empresas están realizando pruebas a los trabajadores, generalmente de carácter obligatorio, dirigidas a la detección de sintomatología compatible con la COVID-19. El objetivo de estas pruebas es el de aislar a aquellos trabajadores que presenten síntomas, impidiendo su acceso al centro de trabajo, para evitar la propagación del virus entre la plantilla y, por tanto, entre la sociedad en su conjunto.

Como se señalaba, el propio Ministerio de Sanidad ha solicitado que los servicios médicos de las empresas participen en la detección precoz de posibles casos de COVID-19, sin embargo, puesto que estas pruebas se realizan en el marco de una relación laboral, deben respetar lo establecido en el art. 22 LPRL respecto a los reconocimientos médicos con fines preventivos. Por ello, la primera parte de este estudio está centrada en determinar el encaje legal que tendría la realización de reconocimientos médicos obligatorios a los trabajadores con la finalidad señalada. Téngase en cuenta que, con independencia de la prueba realizada —que podrá resultar más o menos intrusiva respecto al derecho a la inti-

midad del trabajador, recogido en el art. 18 CE— el dato que se obtendrá estará relacionado con su salud, pues supondrá la sospecha o confirmación de que este está infectado o no. Por ello, al tratarse de datos relativos a la salud del trabajador, deberá aplicarse el ya citado art. 22 LPRL.

Por otra parte, el Reglamento General de Protección de Datos, así como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, mantienen su eficacia, pues ninguna normativa aprobada para la limitación de derechos durante la crisis sanitaria ha actuado sobre el mismo. Así, el contenido de dicho Reglamento también debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar la posible realización de reconocimientos médicos en el medio laboral dirigidos a la prevención del contagio por SARS-CoV-2 en las empresas. Al análisis de esta cuestión se dedicará una segunda parte del artículo.

En esta parte debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el Reglamento establece que los datos relativos a la salud son datos especialmente protegidos. Así, no basta solo con que se cumplan las condiciones establecidas en el art. 6 RGPD para que el tratamiento sea lícito; sino que, además, deberá atenderse a una de las circunstancias que permiten el tratamiento de datos personales de carácter especial de las establecidas en el art. 9 RGPD. Por último, y una vez visto el encaje legal del tratamiento de estos datos, debe atenderse a los principios que deben regir dicho tratamiento, y que establece el Reglamento en su art. 5. Para ello, se analizarán estos principios y se señalará como deben ser aplicados en la actual situación de emergencia sanitaria.

Finalmente, se recogerán las principales conclusiones extraídas tras el estudio de la normativa de aplicación y el análisis de cómo estas cuestiones afectan a la realización de pruebas a los trabajadores en estos momentos, señalando, por una parte, los requisitos que debe reunir la prueba, para dar cumplimiento a la normativa preventiva y, por otra, cómo debe realizarse el tratamiento de los datos obtenidos con objeto de no incumplir la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal.

2. La obligación empresarial de proteger la seguridad y salud de los trabajadores frente a la COVID-19. Uso de reconocimientos médicos como medida preventiva

La aparición, así como la rápida expansión del SARS-CoV-2 entre la población, supone un reto en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito laboral. El entorno laboral es, en estos momentos, un importante foco de posible propagación del virus. Además, debido a la virulencia que la COVID-19 muestra en su desarrollo, el posible contacto con una persona infectada supone

un riesgo importante que, en el ámbito laboral, debe ser tenido en cuenta en materia de prevención de riesgos laborales.

El art. 14 LPRL establece el derecho de las personas trabajadoras a «una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», lo que supone el deber empresarial de protegerlas frente a los riesgos laborales mediante la adopción de «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores». Por ello, el SARS-CoV-2 debe ser tratado como riesgo laboral, en tanto que puede afectar a la salud de las personas trabajadoras.

El deber general de seguridad establecido en el art. 14 LPRL supone la obligación empresarial de facilitar a sus empleados y empleadas medios de protección suficientes que eviten el contagio en el trabajo, entendiéndose que se debe perseguir el máximo nivel de seguridad posible mediante la implantación de todas las medidas preventivas que la técnica permita (Camas Roda, 2002: 77). Así, tal como el Tribunal Supremo ha señalado, el derecho a la integridad física de los trabajadores y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales supone un derecho básico del trabajador, recogido en los arts. 4.2 y 19.2 TRET.

Por todo lo anterior, el empresario deberá tomar medidas preventivas dirigidas a controlar y evitar la expansión del SARS-CoV-2 en la empresa, dando así cumplimiento a su obligación de proteger la seguridad y salud de los trabajadores establecida en el art. 14 LPRL.

2.1. La posible obligatoriedad del reconocimiento médico en la lucha contra el SARS-CoV-2

Dentro de las diferentes medidas que la empresa puede adoptar para evitar la propagación del virus entre su plantilla, se encuentra la realización de reconocimientos médicos en el trabajo que establece el art. 22 LPRL. En la actual situación, el propio Ministerio de Sanidad ha reconocido la importancia que la detección precoz de la infección tiene en la lucha contra la pandemia, haciendo especial referencia a la importancia que los servicios de prevención de las empresas tienen en esta detección, pues, tal como señalan, «están llamados a colaborar con las autoridades sanitarias en la detección precoz de todos los casos compatibles con COVID-19 para controlar la transmisión» (Ministerio de Sanidad-Insrucciones, 2020:3). Así pues, estos reconocimientos médicos están resultando de gran utilidad en la lucha contra la pandemia, pues se realizan con el objetivo de detectar síntomas de la COVID-19, de manera que se evita contacto de posibles infectados con el resto de la plantilla, siguiendo lo establecido en el *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2* (Ministerio de Sanidad-Procedimiento, 2020:8 y ss.). Sin embargo, cabe preguntarse si el uso de reconocimientos médicos obligatorios y generalizados en esta situación está realmente justificado y amparado por la normativa.

El art. 22 LPRL establece que «el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo». Por tanto, el objetivo que persiguen estos reconocimientos médicos es doble: por una parte, comprobar que el trabajador se encuentra en condiciones adecuadas para desempeñar su trabajo sin suponer y riesgo y, por otra, asegurar que el trabajo no causa ningún daño en la salud del trabajador (en este sentido, Goñi Sein y Rodríguez Sanz de Galdeano, 2014:292).

Así, la vigilancia de la salud y, por tanto, la realización de reconocimientos médicos en el trabajo se regula como un derecho del trabajador, no como una obligación. Puesto que se trata de un derecho del trabajador, el principio general que debe regir estos reconocimientos médicos es el de la voluntariedad. Por ello, y salvo excepciones, deberá contarse siempre con el consentimiento del trabajador previo a su realización.

Sin embargo, y pese a que la voluntariedad sea la norma general establecida en el propio precepto, el propio art. 22.1 LPRL, recoge tres posibles excepciones que permiten la realización de reconocimientos médicos obligatorios: a) cuando la realización del reconocimiento médico sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo en la salud del trabajador; b) cuando sea necesario para verificar si el estado de salud del empleado constituye un riesgo para su propia salud o para la salud de terceros y c) cuando lo disponga una normativa. En todo caso, tal y como han señalado numerosos autores, estas excepciones «no deben usarse de forma abusiva, pues se trata de hechos excepcionales que no pueden generalizarse» (Villalobos Cabrera, *et. al.*; 2019:308).

Por tanto, para que la realización de pruebas de manera generalizada para la detección de sintomatología compatible con la COVID-19 pueda realizarse de manera obligatoria para los trabajadores, deberá ampararse en una de las excepciones señaladas. Respecto a la primera opción, cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo en la salud del trabajador, no es una opción. Lo que pretenden estos reconocimientos médicos no es comprobar cómo el trabajo afecta a la salud del trabajador, sino impedir que un posible infectado esté en contacto con otros compañeros durante la jornada laboral, evitando así la propagación del virus entre la plantilla.

En cuanto a la tercera de las opciones, en estos momentos no hay ninguna disposición legal que disponga la obligatoriedad de este tipo de pruebas, ni en el medio laboral ni en la sociedad en general. Si bien es cierto que el Gobierno está aprobando numerosa normativa dirigida a la lucha contra la pandemia, así como a paliar los efectos que esta puede tener en la economía y la sociedad, todavía no se han tomado medidas dirigidas a la realización masiva de pruebas a la ciudadanía con el fin de evitar la propagación del virus, y tam-

poco se ha adoptado ninguna medida específica en el medio laboral, por lo que no procedería realizar reconocimientos médicos obligatorios al amparo de esta excepción.

Sin embargo, la segunda opción facilitada por el art. 22 LPRL dentro de las excepciones a la voluntariedad establece que, será posible la realización de reconocimientos médicos obligatorios para «verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa». Como señalan García Serrano y Pedrosa Alquezar (1999:46), lo que caracteriza a esta excepción es «*la peligrosidad del estado de salud de uno de los trabajadores*», que en el caso concreto y por las condiciones en que se desarrolla el trabajo, dicho estado de salud puede producir un daño en la salud de otros trabajadores o de terceras personas relacionadas con la empresa.

Así pues, la realización a los trabajadores de reconocimientos médicos obligatorios con el objetivo de detectar posibles síntomas de la COVID-19 para proceder al aislamiento de estos trabajadores y evitar la propagación del virus entre la plantilla, podrá realizarse al amparo de la excepción del art. 22 LPRL, cuando el estado de salud del empleado vinculado a aspectos laborales respecto a la organización del trabajo y prestación del servicio, pueda suponer un peligro para otros trabajadores y terceras personas relacionadas con la empresa. Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente, la interpretación de estas excepciones debe ser restrictiva, por lo que se realizarán cuando sean realmente imprescindibles, entendiéndose por ello a «aquellos supuestos en los cuales constituya el único mecanismo posible para determinar si el estado de un trabajador puede suponer un riesgo» (Fernández-Costales Muñiz, 2009:52); y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional que establece que, para que esta obligatoriedad sea legítima no debe existir otra alternativa, diferente al reconocimiento médico, que permita comprobar si el trabajador supone un riesgo (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ Sexto).

Por otra parte, en el contexto actual de emergencia sanitaria derivada de la presencia en el entorno del nuevo coronavirus SARS-CoV-2, el contenido del art. 15 CE cobra una dimensión que abarca la necesidad de tomar medidas para evitar la propagación del virus, tanto en la sociedad en su conjunto como en el medio laboral. El art. 15 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a la vida y a la integridad física. Este derecho, junto con el derecho a la protección recogido en el art. 43.1 CE, así como con la obligación de los poderes públicos de tutelar la salud pública mediante la adopción de las medidas preventivas que sean necesarias (art. 43.2 CE), cobran especial interés en el momento actual. Ello, en parte, porque para proteger el derecho a la vida, la integridad física y la salud de los ciudadanos, resulta imprescindible la adopción de medidas en el medio laboral dirigidas a evitar la propagación del virus en la sociedad. Pero también por-

que, al entrar en juego la salud pública, resulta de aplicación el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, donde se establece que

con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Por lo anterior, en la situación actual que requiere de una lucha eficaz contra la pandemia, resulta necesario que la salud pública sea un bien superior a proteger por todos los agentes sociales, incluidas las empresas, aunque ello suponga la limitación de otros derechos, como puede ser en este caso, la voluntariedad del reconocimiento médico en el trabajo.

Respecto a la lucha contra la pandemia y la presencia del riesgo de contagio del SARS-CoV-2 en el medio laboral, en la actualidad, la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores, como puede ser la toma de temperatura a la entrada del centro de trabajo o la realización de pruebas serológicas y PCR para la detección del virus, están resultando ser una medida efectiva. Debe tenerse en cuenta, igualmente, que en la actualidad no existe otra alternativa, diferente a la realización de este tipo de pruebas, que permitan comprobar que el trabajador no supone riesgo de contagio para otros compañeros, por lo que el uso de estas encaja en la normativa preventiva y, además, respeta lo señalado por el Tribunal Constitucional. Como señala Goñi Sein (1999:59), «el sometimiento, en estos casos, a un reconocimiento médico obligatorio constituye un deber de solidaridad que está por encima de la libertad del individuo y se lleva a cabo por una suerte de tutela del interés colectivo».

En todo caso, y tal como ha venido señalando la doctrina, este instrumento de prevención necesita del resto de herramientas preventivas para resultar eficaz, pues, por sí solo, no protege la salud de los trabajadores de manera directa, sino que detecta el daño —en este caso la posible presencia de SARS-CoV-2 y el desarrollo de la COVID-19 por el trabajador— una vez que este ya se ha producido (entre otros: Goñi Sein, 2009:37 o Marín Malo, 2018:139). Es por que, aun realizando este tipo de pruebas al inicio de la jornada laboral, será imprescindible mantener el uso de EPIS dentro de la empresa como medida de protección frente al virus, como pueden ser mascarillas, guantes, pantallas de protección, higiene de manos, limpieza y desinfección de espacios de trabajo, tanto comunes como individuales, etc. (Ministerio de Sanidad-Procedimiento, 2020:6 y ss.).

2.2. Límites establecidos para el uso de reconocimientos médicos obligatorios en las empresas. Aplicación de estos límites con relación al SARS-CoV-2

Si bien es cierto que el uso de reconocimientos médicos obligatorios en el medio laboral está amparado en una de las excepciones del art. 22 LPRL, la normativa no exime al empresario de cumplir con los límites establecidos en su regulación para que el reconocimiento médico sea considerado lícito.

Por tanto, será posible la realización de reconocimientos médicos con carácter obligatorio para los trabajadores como medida preventiva frente al posible contagio de la COVID-19 en el medio laboral siempre y cuando se respeten los límites que se detallan a continuación.

a) *El derecho a la intimidad como principal límite al uso de reconocimientos médicos como medida preventiva*

El principal límite a la realización de reconocimientos médicos en el medio laboral, ya sean de carácter obligatorio o voluntario, es el respeto del derecho a la intimidad recogido en el art. 18 CE. Este derecho fundamental, reconocido a todos los ciudadanos, no pierde su vigencia en el ámbito laboral, por lo que es un derecho que debe respetarse en la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás» (STC 196/2004, de 15 de noviembre; FJ Segundo). Ello dota al individuo del poder jurídico de impedir a terceros conocer datos personales, así como de limitar el uso y difusión de los datos conocidos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que «el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural» (STC 196/2004, de 15 de noviembre; AH Tercero). Así, al hacer referencia al derecho a la intimidad con relación al reconocimiento médico, no se trata de proteger en exclusiva una posible actuación directa sobre el cuerpo para la recogida de muestras, sino que va más allá, y el propio conocimiento del dato de salud del trabajador, es decir, del resultado de la prueba, puede resultar una invasión del ámbito privado y reservado del individuo, protegido por el art. 18 CE.

Para salvaguardar este derecho, el Tribunal Constitucional señala que debe informarse al trabajador con carácter previo a la realización del reconocimiento médico, de las pruebas que van a realizarse y de los objetivos perseguidos con las mismas, aun cuando no se requiera el consentimiento de este (STC 196/2004, de 15 de noviembre; AH Tercero).

b) *La finalidad del reconocimiento médico*

El art. 22 LPRL señala que «la vigilancia de la salud a los trabajadores se realizará en función a los riesgos inherentes al trabajo». De lo anterior se desprende que la realización de pruebas debe estar vinculada de manera directa con los riesgos a los que el trabajador está expuesto en su lugar de trabajo. Así, la única finalidad legítima del reconocimiento médico será «el conocimiento de las relaciones entre el riesgo laboral y la causa de la enfermedad del trabajador» (Camas Roda, 2002:162).

Dicho de otro modo, el reconocimiento médico será legítimo siempre y cuando cumpla dos condiciones en relación a la finalidad: que esté vinculado a un riesgo presente en el medio laboral que pueda provocar daños en la salud del trabajador en concreto, y que su única finalidad sea el conocimiento de la vinculación entre el trabajo realizado y el daño en la salud, nunca con finalidades selectivas, sancionadoras o cualquier otra que pudiera incurrir en discriminación del trabajador derivada de su estado de salud.

Tal como señala el Tribunal Constitucional, el reconocimiento médico no es «un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores», ni tampoco «una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o aptitud física de sus empleados» con objeto de selección de personal o promoción (STC 196/2004, de 15 de noviembre; FJ Séptimo. Se trata de un derecho del trabajador dirigido a la protección de su salud en el medio laboral, por lo que la única finalidad posible será la de prevenir un riesgo laboral; en este caso, el contagio por SARS-CoV-2 en el trabajo.

Así pues, la finalidad del reconocimiento médico en la lucha contra el SARS-CoV-2 está justificada, siempre y cuando exista riesgo real de contagio y los resultados obtenidos no sean utilizados por el empresario para tomar medidas que nada tengan que ver con la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud de los trabajadores a su servicio.

c) *La proporcionalidad de las pruebas realizadas como límite a la vigilancia de la salud*

El ya citado art. 22.1 LPRL establece que «se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo». El límite a la proporcionalidad que aquí se establece está vinculado, de manera directa, con el concepto de finalidad señalado en el apartado anterior. Así, en función de la finalidad perseguida se deberá optar por la prueba que cause menos molestias al trabajador, lo que determinará la proporcionalidad de estas. Igualmente, al seleccionar la prueba que cause las menores molestias al trabajador, se estará protegiendo también su derecho a la intimidad (en este sentido, GOÑI SEIN, 2009:58).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que, para respetar la proporcionalidad de la prueba, se deberán cumplir las siguientes condiciones: a) seleccionar la prueba idónea en función del riesgo que se pretende evitar; b) realizar las pruebas estrictamente necesarias e indispensables con relación a la finalidad perseguida; c) seleccionar aquellas pruebas que resulten menos intrusivas para el trabajador, atendiendo a protocolos específicos; y d) su realización será siempre función del personal sanitario.

De lo anterior se extrae que, puesto que la finalidad debe estar vinculada, de manera directa, con un riesgo inherente al puesto de trabajo, y que la proporcionalidad de la prueba dependerá de la finalidad perseguida, no será posible la realización de reconocimientos médicos para la detección de síntomas de la COVID-19 cuando, por las propias características del puesto de trabajo ocupado o por la forma en que el trabajo está organizado dentro de la empresa, no exista riesgo de contagio (en este sentido, STC 196/2004, de 15 de noviembre; FJ Décimo). Esto sucederá, por ejemplo, en empresas en las que los trabajadores no comparten espacio durante la prestación del servicio, permaneciendo aislados unos de otros y donde tampoco se comparten zonas de uso común como vestuarios, baños, comedores, etc. Ejemplo de ello puede ser el gruísta de una obra de construcción que no accede a zonas comunes y desarrolla su jornada completamente aislado del resto de empleados, pues se encuentra dentro de la cabina de control de la grúa, sin contacto directo con sus compañeros. Puesto que el riesgo de contagio aquí resulta mínimo, no será necesaria la realización de reconocimientos médicos, aunque sí la toma de otras medidas preventivas.

Igualmente, solo cuando no sea posible adoptar medidas preventivas suficientes de aislamiento y distanciamiento social entre las personas trabajadoras o, cuando aun tomándolas, sea posible que estas resulten insuficientes para evitar el contagio por la forma en que se realiza la prestación del servicio y teniendo en cuenta la organización del trabajo en la empresa, será procedente realizar tomas de temperatura obligatorias y generalizadas a los empleados respetando el límite de la proporcionalidad aquí reseñado.

d) *El personal médico como único habilitado para la realización de la prueba y la confidencialidad de los datos obtenidos*

El art. 22.6 LPRL establece expresamente que los reconocimientos médicos deberán ser realizados «por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada». Igualmente, el Ministerio de Sanidad ha señalado que

la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 deberá ser prescrita por un facultativo de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente. (Ministerio de Sanidad-Instrucciones, 2020:2)

También en este sentido se ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) al señalar que

verificar si el estado de salud de las personas trabajadoras puede constituir un peligro para ellas mismas, para el resto del personal o para otras personas relacionadas con la empresa constituye una medida relacionada con la vigilancia de la salud de los trabajadores que, conforme a la LPRL, resulta obligatoria para el empleador y debería ser realizada por personal sanitario. (AEPD-FAQs, 2020:4)

Por tanto, será el personal sanitario del Servicio de Prevención, propio o ajeno de la empresa, el encargado de la realización de las pruebas, no pudiendo ser realizadas, en ningún caso, por personal no sanitario u otros trabajadores de la empresa.

Como ya se ha señalado, el Ministerio de Sanidad ha puesto de manifiesto, en su documento *Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas*, la importancia que cobra el personal de los servicios de prevención en la lucha contra la expansión del virus, en concreto, en el ámbito laboral. Señala así que «en el escenario actual, la intervención de los servicios de prevención frente a la exposición al SARS-CoV-2, en el ámbito de las empresas es crucial» (Ministerio de Sanidad-Instrucciones, 2020:3) para frenar la expansión de este.

En cuanto a la confidencialidad respecto a los datos obtenidos en el reconocimiento médico, se establece como límite en varios apartados del art. 22 LPRL. Así, su apartado segundo señala que los reconocimientos médicos se realizarán respetando siempre «la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud». Igualmente, el apartado 3 hace referencia a que esta información solo será comunicada al trabajador afectado. Por último, el apartado 4 establece que

el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

Por lo anterior, queda claro que el resultado de la prueba solo podrá ser conocido por el trabajador afectado, sin ser comunicado ni a la empresa ni al resto de compañeros.

Cabe plantearse si, en la actual situación de pandemia, este derecho a la intimidad y a la confidencialidad relativa a los datos de salud del empleado podría quedar supeditado al interés general de proteger la salud de terceros. A este respecto, Goñi Sein señala que «el interés general de protección de la salud de los trabajadores no es, desde luego, causa legítima que pueda justificar

la revelación al empresario de dichos datos» (Goñi Sein, 2009:61). Está claro, pues, que no se deberán facilitar al empresario los datos específicos obtenidos en el reconocimiento médico. En cuanto al resto de trabajadores, tampoco se justificaría facilitar a estos datos relativos a la salud de un compañero de manera genérica. Sin embargo, la presencia del SARS-CoV-2 y las medidas recomendadas por las autoridades sanitarias para su control, señalando como la más efectiva el aislamiento de la persona contagiada o con síntomas y de aquellas personas que hayan estado en contacto directo con esta, supone una injerencia con relación a la confidencialidad de los datos obtenidos en el reconocimiento médico.

Ello se debe a dos causas principales. En primer lugar, resulta difícil asegurar la confidencialidad de los datos relativos a la salud —en concreto la presencia de fiebre o no— en la situación actual, por la forma de realizar la toma de temperatura —a través de carpas a la entrada del centro o con cámaras infrarrojos para lecturas masivas de temperatura—. Estos sistemas que están siendo aplicados en las empresas suponen la inexistencia de un espacio cerrado para su realización, y la toma de temperatura se realiza junto al resto de sus compañeros y compañeras. Así, en caso de mostrar una temperatura inadecuada e impedírsele la entrada al centro de trabajo, la información de que este ha presentado síntomas será conocida por el resto de trabajadores (AEPD-Comunicado, 2020:1). Pero, además, puesto que está en juego la seguridad y salud de otras personas trabajadoras y la alta transmisión del virus, con objeto de proteger la salud del resto de trabajadores, el servicio de prevención deberá informar a todos aquellos que hayan tenido contacto directo con el trabajador infectado para que tomen precauciones especiales respecto al control de síntomas y dirigidas a evitar la propagación del virus.

Por último, debe señalarse que el personal médico encargado de la prueba y, por tanto, conocedor de su resultado, tiene la obligación de notificar —con la mayor brevedad posible— a la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma donde esté ubicado, los casos de COVID-19 confirmados a través de las pruebas practicadas, tal como establece la Orden SND/344/20220, de 13 de abril.

2.3. La obligación del trabajador de velar por su salud y la de sus compañeros.

Una revisión del contenido del art. 29 LPRL con relación al SARS-CoV-2

La situación actual plantea otra cuestión de gran importancia en el medio laboral: si el trabajador está obligado o no a informar a la empresa sobre su estado de salud, con relación a la COVID-19, como medida de prevención de la expansión del virus.

El art. 29.1 LPRL establece que el trabajador deberá velar, según sus posibilidades, «por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas

otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional». La jurisprudencia ha señalado que «la salud de la persona forma parte del ámbito de su intimidad personal, lo que faculta a dicha persona para excluir dicho ámbito de la acción y conocimiento de los demás» (STSJ Castilla y León, 21 de marzo de 2005; FD Cuarto). Sin embargo, y como establece la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de información y documentación Clínica, los pacientes deben facilitar información veraz sobre su estado de salud al personal médico.

Si se interpreta esta normativa atendiendo a la situación actual, debe señalarse que, la presencia del SARS-CoV-2 en las empresas no se trata tan solo de un riesgo laboral, sino que se trata de una pandemia que afecta a la población en general y que ha supuesto un estado de emergencia sanitaria sin precedentes. Como ya se ha señalado con relación a la obligatoriedad del reconocimiento médico, se trata de proteger la salud pública en general, y no tan solo la salud de los trabajadores.

Por ello, en estas especiales circunstancias, el trabajador estará obligado a informar al personal médico de la empresa sobre la presencia de síntomas compatibles con la COVID-19, con objeto de que desde el servicio médico se puedan tomar las medidas oportunas para evitar su propagación entre los trabajadores. Esto no implica que deba informar al empresario, pues la normativa solo habla del deber de informar la personal médico, por lo que, respecto al empresario, el trabajador no tiene ninguna obligación de facilitarle dichos datos relativos a su salud. Tal como señala la STSJ Castilla y León, 21 de marzo de 2005, el trabajador no está obligado a facilitar esta información al empresario, así como los servicios de prevención y personal médico, que tampoco facilitará dicha información más allá de lo estrictamente necesario para la adopción de las medidas preventivas adecuadas (STSJ Castilla y León, 21 de marzo de 2005; FD Cuarto).

3. Los datos de salud como dato personal especialmente protegidos y la posibilidad de su tratamiento por la empresa

Como se ha señalado anteriormente, siempre y cuando se respeten los límites que el art. 22 LPRL establece para la realización de reconocimientos médicos, y más aún, cuando su objetivo está directamente vinculado a la protección de la salud pública en general, como es el caso, pues lo que se pretende es evitar la propagación del SARS-CoV-2 entre la población, la realización de pruebas dirigidas a conocer si un trabajador presenta síntomas compatibles con la COVID-19, así como a comprobar si efectivamente, es portador del virus, están justificadas en la normativa preventiva.

Sin embargo, puesto que se trata un dato que forma parte del ámbito privado y reservado del individuo, protegido de manera especial por el art. 18 CE, la obtención de esta información supone un tratamiento de datos de carácter personal que debe ser analizada a la luz del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD).

El RGPD establece, en su Considerando 46 que «el tratamiento de datos personales debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física», y añade que ciertos tipos de tratamiento pueden responder a motivos importantes de interés público, incluido el control de epidemias y su propagación. Así, ya desde el inicio del Reglamento se pone de manifiesto que el tratamiento de datos con el objetivo actualmente perseguido es legítimo, y así lo ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en su *Informe sobre la protección de datos en la actual situación de pandemia*, (AEPD-Informe, 2020: 1).

Se debe señalar que, según lo dispuesto en el art. 4 RGPD, se entenderá por «dato personal» «cualquier información sobre una persona física identificada o identificable»; y como «tratamiento» a

cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

Además, el apartado 15 del citado artículo, señala que se considerarán «datos relativos a la salud» los datos personales que hagan referencia a la salud física o mental de la persona, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, siempre que revelen datos sobre su estado de salud.

De lo anterior puede concluirse que, sin lugar a dudas, los datos obtenidos por las empresas mediante los medios de control utilizados para evitar la propagación del SARS-CoV-2, como pueden ser la temperatura corporal de la persona trabajadora, la realización de test que requieren mucosas o muestras de sangre, y otros cuyo objetivo es determinar la existencia de síntomas compatibles con la COVID-19 suponen un tratamiento de datos relativos a la salud y, por lo tanto, de datos de carácter personal del trabajador protegidos por el RGPD.

En todo caso, el art. 6.1 RGPD establece las situaciones en que ese tratamiento de datos de carácter personal será lícito. Así, recoge que, para que el tratamiento de datos sea lícito, deberá cumplir, al menos, una de estas condiciones:

a) contar con el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales; b) que sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte; c) para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) que sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) que sea necesario para el logro de un interés público; y f) cuando sea necesario para satisfacer el interés del responsable del tratamiento o de un tercero, con condiciones especiales.

De todas las situaciones recogidas en el precepto señalado, el tratamiento de datos de salud del trabajador, relacionados con el SARS-CoV-2, podrá realizarse de manera lícita. En primer lugar, dicho tratamiento podrá realizarse al amparo del art. 6.1.c, ya que los datos se recaban, como se ha señalado anteriormente, para cumplir con la obligación legal del empresario de proteger la seguridad y salud de todos los trabajadores a su servicio. Por otra parte, también podría ampararse en los apartados d) y e) del citado artículo, pues en la actual situación de emergencia sanitaria y de lucha contra la pandemia, es necesario conocer estos datos para proteger un interés vital, tanto del interesado como de terceros e, igualmente, se persigue el logro de un interés público que es evitar la propagación del virus en la sociedad.

En todo caso, y como señala el art. 6.3 RGPD, cuando el tratamiento se realice al amparo de lo establecido en las letras c) y e) señaladas anteriormente —para el cumplimiento de una obligación legal empresarial, como es la protección de datos o para el logro de un interés público, la base del tratamiento deberá estar recogida en una norma legal de la Unión Europea o del país donde se realice el tratamiento; cuestión que también quedaría cubierta en esta situación, pues la propia normativa preventiva prevé la obligación empresarial de proteger la seguridad y salud de los trabajadores—. En todo caso, la finalidad del tratamiento deberá ser la que establezca esta normativa, sin poder realizarse con ningún otro objetivo que aquel previsto en la misma.

Puesto que se trata, como ya se ha señalado, de un dato relativo a la salud, estos datos serán objeto de una especial protección por parte de la normativa. Así, el art. 9.1 RGPD establece la prohibición de tratar datos relativos a la salud de las personas; a excepción de los supuestos recogidos en su apartado segundo. En concreto, se permite el tratamiento de datos relativos a la salud, como es el caso, cuando: a) el interesado haya prestado su consentimiento, otorgado con las condiciones establecidas en el art. 7 RGPD; b) el tratamiento sea necesario para que el responsable de tratamiento cumpla con sus obligaciones legales en el ámbito laboral; c) siempre que sea necesario para proteger intereses vitales del interesado y de terceros; d) si el tratamiento se realiza en el ámbito de las actividades legítimas de una entidad sin ánimo de lucro y solo implique a los miembros de la misma en activo; e) si son datos que el interesado ha hecho públicos; f) si es necesario para ejercer acciones judiciales; g) si es necesario por razones de un in-

terés público esencial; h) es necesario para fines relacionados con medicina preventiva o laboral; i) el tratamiento sea necesario pro razones de interés público en el ámbito de la salud pública «como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud»; y j) cuando sea necesario con la finalidad de archivo de interés público, así como otras actividades de investigación y fines estadísticos.

De todas las excepciones a la prohibición del art. 9.1 RGPD señaladas, el tratamiento de datos de salud del trabajador con el objetivo de frenar la expansión del SARS-CoV-2 en la sociedad y luchar contra la pandemia, encaja en varios supuestos.

En su dimensión relacionada con el ámbito laboral, en tanto que se trata de obtener estos datos mediante la realización de reconocimientos médicos en el trabajo, el apartado b del art. 9.2 RGPD señala que se podrá realizar tratamiento de datos de salud en la empresa cuando sea necesario «para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social». Por otra parte, el art. 9.2.h establece, de manera explícita, la legitimidad del tratamiento de datos cuando se realice con «fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social».

Además, en la dimensión social de la pandemia, el apartado g) del señalado artículo establece que será posible el tratamiento de datos de salud cuando sea necesario «por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado».

La propia AEPD ha señalado que, las actuales circunstancias, justifican el tratamiento de datos personales, incluida la salud del trabajador, pues en situaciones como las recogidas por el art. 9.2 RGPD, el Reglamento busca «dar mayor libertad a los responsables del tratamiento en caso de necesidad para salvaguardar intereses vitales de los interesados o de otras personas físicas, intereses públicos esenciales en el ámbito de la salud pública o cumplimiento de obligaciones legales», encontrándonos ante una circunstancia excepcional en la que, como se ha señalado anteriormente, debe primar la protección de la salud pública (AEPD-Informe, 2020:4).

Aunque el propio RGPD no concreta el alcance del concepto de «interés público», el Parlamento Europeo y el consejo, en la Decisión n.º 1082/2013/

UE, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud, definieron «amenaza transfronteriza grave para la salud» como

una amenaza para la vida u otro grave peligro para la salud de origen biológico, químico, ambiental o desconocido que se propaga o implica un riesgo significativo de propagarse a través de las fronteras nacionales de los Estados miembros y que puede requerir coordinación a nivel de la Unión para garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana.

Con este antecedente, se entiende que un interés público en relación con la salud pública será aquel que tenga como finalidad directa la «prevención de un riesgo grave para la salud de la población», incluyendo entre estos riesgos las enfermedades o el control de epidemias y su propagación (Beltrán Aguirre *et al.*, 2017:9).

Por todo lo anterior, queda justificado el tratamiento de datos relacionados con la salud del trabajador por parte de la empresa, pues el RGPD legitima dicho tratamiento, tanto como necesidad para dar cumplimiento a la obligación general de seguridad del empresario como en pro del interés general de proteger la salud pública y evitar, mediante la adopción de los medios necesarios, la expansión del SARS-CoV-2.

4. Garantías que respetar en el tratamiento de datos personales: una especial referencia a los datos obtenidos a través de reconocimientos médicos para la detección del SARS-CoV-2 en la empresa

Como se ha señalado, la normativa en materia de protección de datos contiene salvaguardas y reglas que permiten el legítimo tratamiento de datos personales, relativos a la salud del trabajador, en la lucha contra el SARS-CoV-2. Además, ninguno de los documentos normativos publicados durante el estado de alarma ha incluido cláusulas relacionadas con la protección de datos de carácter personal, por lo que el RGPD se encuentra, en estos momentos, plenamente vigente. Así lo ha manifestado también la AEPD al señalar que «el tratamiento de los datos obtenidos a partir de las tomas de temperatura debe respetar la normativa de protección de datos» (AEPD-FAQs, 2020:4).

Por todo ello, el marco jurídico de partida es el mismo que en cualquier otra situación que suponga el tratamiento de datos relativos a la salud del trabajador. Lo que genera conflicto es la dificultad de mantener las garantías recogidas en la normativa sobre protección de datos en la actual situación de la emergencia sanitaria.

Debe tenerse en cuenta que, al tratarse de datos relativos a la salud de las personas, son datos personales sensibles, pues no solo se trata de un dato de sa-

lud en sí mismo, sino que «a partir de él, se asume que una persona padece o no una concreta enfermedad, como es la infección por coronavirus» (AEPD-Comunicado, 2020:1).

Para garantizar el adecuado tratamiento de los datos relativos a la salud del trabajador, este quedará supeditado, siempre, al interés público y a la protección de la salud pública, así como al cumplimiento de la obligación general del art. 14 LPRL relativa a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el medio laboral; siendo este el objetivo que legitima el tratamiento, y no el uso de estos datos para cualquier otra finalidad. Igualmente, deben aplicarse todos los principios recogidos en el art. 5 RGPD, que establece que el tratamiento de datos personales estará limitado por el principio de licitud, lealtad y transparencia, la finalidad, la minimización de los datos, con exactitud, con limitación del plazo de conservación y respetando la integridad y la confidencialidad de estos.

Las próximas líneas, buscarán dar respuesta a como mantener el equilibrio entre la adopción de medidas dirigidas al control de la epidemia, especialmente en los centros de trabajo, dando cumplimiento los principios recogidos en el RGPD para el tratamiento de datos personales y, específicamente, de datos especialmente protegidos como son los relativos a la salud del trabajador.

4.1. Licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento de datos de carácter personal

El art. 5.1 RGPD, establece, en primer lugar, que los datos deberán ser tratados de manera «lícita, leal y transparente». Así pues, la toma de temperatura a los trabajadores debe respetar el principio de legalidad, es decir, deberá estar amparado en una de las causas que legitiman el tratamiento de datos personales recogidas en el arts. 6.1 y 9.2 RGPD, pues, en ningún caso, en la actual situación que se atraviesa, podrá considerarse que basta con el consentimiento del interesado, ya que el interesado no puede negarse a la realización de la toma de temperatura, puesto que supone la imposibilidad de acceder al centro de trabajo. Por ello, podría considerarse que el consentimiento no es libre y, por tanto, estaría viciado. Esto no supone un problema en la práctica, pues como se ha visto, el tratamiento de datos relativos a la salud del trabajador encuentra legitimación en los supuestos previstos por el art. 9.2 RGPD y la propia normativa laboral permite la realización de reconocimientos médicos de carácter obligatorio en aras de proteger la seguridad y salud del propio trabajador y de terceros.

Igualmente, se deberá respetar el principio de lealtad en el tratamiento de datos, «lo que significa que está prohibido obtener datos mediante engaño, con deslealtad o de forma no lícita» (Goñi Sein, 2018:59). Este principio se sustenta en el deber de información previa, por lo que se deberá informar a los trabajadores sobre la prueba a realizar, en este caso la toma de temperatura, y el obje-

tivo perseguido con la misma, aun cuando no sea necesario contar con su consentimiento para la realización. Como se ha visto anteriormente, esta cuestión o límite al tratamiento de datos relativos a la salud del trabajador también está recogida en la LPRL, pues aun tratándose de reconocimientos médicos de carácter obligatorio, el empresario debe informar de la prueba a realizar y el objetivo perseguido con la misma, con el objetivo de salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador.

Por último, el art. 5.1.a RGPD exige atender al principio de transparencia, directamente conectado con la necesidad de información previa a la realización de la prueba (STC 39/2016, VP II.b). Por tanto, y como señala Goñi Sein (2018:59),

el derecho de información de los interesados cumple dos finalidades: por un lado, que el afectado pueda prestar válidamente su consentimiento (específico, informado e inequívoco) para que se traten sus datos personales y, por otro, que el afectado pueda ejercer los derechos de acceso, rectificación, limitación al tratamiento, supresión, portabilidad y oposición que la normativa reconoce a los interesados.

Así, para que el tratamiento de datos relativos a la salud del trabajador sea válido, deberá informarse con carácter previo a su realización, de las pruebas que van a realizarse y el objetivo perseguido por las mismas. Igualmente, se informará sobre el marco jurídico que ampara la realización de estas pruebas con carácter obligatorio, haciendo referencia tanto al art. 22 LPRL como al RGPD. Por último, deberá informar de la posibilidad del trabajador de ejercer los derechos que le reconoce la normativa en materia de protección de datos y, específicamente, sobre los de acceso, rectificación, limitación del tratamiento, supresión, portabilidad y oposición.

4.2. La finalidad como límite al tratamiento de datos personales

En segundo lugar, el art. 5.1.b RGPD establece el límite de la finalidad para el tratamiento de datos, es decir, que estos sean «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines». Tal como señala Goñi Sein (2018:72), «la conexión entre recogida-tratamiento de datos y finalidad es un elemento fundamental del derecho a la protección de datos».

Este principio supone que los datos relativos a la salud de los trabajadores, como por ejemplo la temperatura, solo pueden obtenerse con la finalidad concreta de detectar contagios y evitar la propagación del virus en el centro de trabajo, es decir, el acceso de la persona contagiada al centro de trabajo. La finalidad debe estar «claramente definida antes del inicio» (GOÑI SEIN, 2018:69), es decir, antes de realizar la prueba a los trabajadores, y el uso de estos datos para cualquier otra finalidad deslegitimaría su tratamiento.

Por tanto, solo será posible el tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores cuando el fin sea legítimo y el tratamiento necesario para lograr el objetivo perseguido. Debe tenerse en cuenta, igualmente, que «la finalidad, por sí sola, no justifica el tratamiento de datos», puesto que es un principio tan genérico que podría desvirtuar la legitimidad de este. En todo caso, para que no se vulnere el principio de finalidad respecto al tratamiento de datos de los trabajadores, se deberá ponderar adecuadamente el impacto que el tratamiento de datos supone en otros derechos de las personas trabajadoras, basándose siempre en los criterios señalados por las autoridades sanitarias y en la magnitud del riesgo que se pretende evitar. En el supuesto concreto que abordamos, se debería poner en valor la protección de la salud pública y de la de los trabajadores, por un lado, frente al derecho a la intimidad de estos por otro.

Como ya se ha señalado anteriormente, el derecho a la intimidad, como derecho fundamental está especialmente protegido por nuestra normativa. Sin embargo, y tal como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de enero de 2019, en su FD Quinto, apartado 3, «los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos», por lo que pueden ser sometidos a restricciones «motivadas por las obligaciones que el texto constitucional atribuye a los poderes públicos, por un lado, y a los particulares, de otro» (Conde Ortíz, 2005:31). Así, señala la Sala que

el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo y sea, además, respetuosa con el contenido esencial del derecho.

Aun con todo ello, la propia AEPD ha señalado que «no se puede tomar un dato de salud de una persona y tratarlo espontáneamente por cualquier gestor de un lugar público simplemente porque crea que es lo mejor para sus clientes o usuarios» (AEPD-Tecnologías, 2020:12), puesto que, de hacerlo, existe un riesgo de difusión pública de datos de salud del interesado. De este modo, y aunque la restricción del derecho a la intimidad está amparada en la necesidad de controlar la emergencia sanitaria, se deberán respetar una serie de garantías dirigidas a proteger, en la medida de lo posible, la intimidad del interesado.

Dicho de otro modo, si bien es cierto que en la actualidad las autoridades sanitarias recomiendan tomar medidas excepcionales para el control de la epidemia, no será procedente hacerlo en una empresa en la que los trabajadores no tienen contacto entre ellos por estar a una distancia superior a dos metros, o en la que están separados entre ellos por mamparas que aseguran la contención de la expansión del virus. Solo cuando no sea posible adoptar medidas preventivas

suficientes de aislamiento y distanciamiento social entre las personas trabajadoras será procedente realizar tomas masivas de temperatura a los empleados.

Por último, en relación con la finalidad debe tenerse en cuenta que, en caso de que los datos sean almacenados para su posterior tratamiento, ese uso posterior no podrá ser diferente a la finalidad de origen, salvo que se trate de un tratamiento «compatible con el fin para el que se recogieron inicialmente los datos personales», tal como establece el art. 6.4 RGPD, respecto a la licitud del tratamiento.

4.3. La minimización del tratamiento de datos de carácter personal

El art. 5.1.c RGPD establece que los datos deberán ser «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (minimización de datos)». Este principio está directamente vinculado a la finalidad, puesto que implica que la información que se extraiga con las pruebas realizadas no solo debe encajar en uno de los supuestos previstos por la normativa, sino que, además, debe ser adecuada y proporcionada a esa finalidad que se pretende conseguir.

A este respecto, Goñi Sein (2018:74) señala que «existe una prohibición de utilizar medios que comporten tratamiento de datos cuando la finalidad se puede alcanzar por otros medios», por lo que se deberán buscar medidas alternativas, que no requieran tratamiento de datos para lograr el fin perseguido. En la actual situación, resulta imposible encontrar una herramienta que permita comprobar la existencia de sintomatología compatible con la COVID-19 sin realizar tratamiento de datos de salud del trabajador, pues en el momento en que se conoce la posible infección, se tratará de un dato relativo a la salud del trabajador. Por ello, con relación a este principio será posible el tratamiento de datos, pero deberá seleccionarse aquella prueba que resulte proporcional al riesgo que se pretende evitar, la expansión del SARS-CoV-2, seleccionando para ello aquella que resulte menos intrusiva en el ámbito reservado de la intimidad personal.

De nuevo, esta limitación también está recogida en el art. 22 LPRL, donde, tal como se ha señalado anteriormente, se establece que la prueba a realizar deberá resultar proporcional, por ser la menos intrusiva con relación al objetivo perseguido; en este caso, evitar la propagación del virus entre la plantilla y colaborar con las autoridades sanitarias en el control de la pandemia.

Debe recordarse que, en la actual situación, las pruebas que se están practicando son de dos tipos: por una parte, la toma de temperatura, con el fin de detectar sintomatología compatible con la COVID-19 y proceder al aislamiento del caso sospechoso y, en segundo lugar, la realización de pruebas serológicas y PCR para determinar si realmente la sintomatología se debe al contagio por COVID-19 o a otras causas. Puesto que las segundas requieren de la toma de

muestras biológicas para la realización de la prueba, resultarán más intrusivas, y no deberán ser utilizadas de forma masiva por las empresas.

Respecto a la toma de temperatura de los trabajadores, esta prueba puede realizarse mediante termómetros o a través de cámaras infrarrojas de medición de temperatura. La propia AEPD ha señalado que la toma de temperatura con un termómetro resulta menos intrusiva que mediante una cámara de infrarrojos, pues estas cámaras, además de tomar la temperatura tienen un sistema de reconocimiento facial para discriminar a las personas del resto de objetos de la imagen, lo que supondría una intrusión mayor en la esfera íntima de la persona y resultaría, por tanto, menos proporcional respecto a la finalidad perseguida: detectar la presencia de sintomatología compatible con la COVID-19 entre los trabajadores (AEPD-Tecnologías, 2020:11 y ss.).

Por todo lo anterior puede concluirse que, con objeto de respetar el principio de la finalidad, se deberá seleccionar aquella prueba, entre todas las posibles, que resulte menos intrusiva respecto al derecho a la intimidad del trabajador; que en este caso sería la toma de temperatura mediante un termómetro. Igualmente, para que se respete el principio de finalidad y proporcionalidad recogidos en la LPRL y el RGPD, se deberán tener en cuenta las características de la empresa, así como el modo de organizar el trabajo en la misma para determinar si la realización de estas pruebas es necesaria para el control de la pandemia o, por el contrario, resulta una medida excesiva.

Sin embargo, y aun con todo lo anterior, la AEPD advierte de que la aplicación de las medidas estará supeditada a las instrucciones de la autoridad sanitaria y a la justificación de su necesidad para contribuir de manera eficaz a evitar la propagación del virus y siempre respetando el resto de las cuestiones, relativas a los límites y garantías específicos para el tratamiento de datos de este tipo (AEPD-Comunicado, 2020:1).

4.4. La exactitud de los datos como garantía de protección del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal

El apartado d) del art. 5.1 RGPD establece el principio de exactitud en los datos tratados. En concreto, dice que los datos deberán ser «exactos y, si fuera necesario, actualizados»; para lo que se deberán adoptar medidas «para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan».

Con relación a la posible toma de temperatura de los trabajadores al acceder al centro de trabajo, el principio de exactitud implica que los medios utilizados para la medición de la temperatura de los trabajadores deberán ser adecuados y fiables, por lo que deberán usarse exclusivamente dispositivos homologados y diseñados para la finalidad perseguida.

Además, para asegurar su correcto uso y, por tanto, la exactitud de los datos obtenidos, así como para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 22.6 LPRL, el personal a cargo de su realización deberá ser «personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada», por lo que deberán recibir información y formación suficiente para ello con carácter previo a la aplicación de esta medida en la empresa.

Por tanto, deberá ser el personal sanitario del servicio de prevención de la empresa quien se encargue de la realización de la prueba, así como de determinar cuándo un resultado es suficiente para proceder al aislamiento del trabajador y, por tanto, no permitirle la entrada en el centro por suponer un riesgo para el resto de los compañeros y cuando no. Debe tenerse en cuenta, además, que la sintomatología de la COVID-19 se muestra variable y de muy diversa tipología, por lo que, aunque la fiebre o febrícula es un indicador claro de la presencia del virus, pueden presentarse síntomas distintos a este sin ir acompañados de fiebre o febrícula, como puede ser la falta de olfato.

Las especiales características de este virus a la hora de manifestar síntomas hace más necesario si cabe, que los reconocimientos médicos sean realizados por personal sanitario formado a tal efecto, con el objetivo de que resulten eficaces en la lucha contra la expansión de la pandemia en el medio laboral.

4.5. La limitación en el plazo de conservación

El art. 5.1.e RGPD establece que los datos de carácter personal no deberán ser mantenidos durante más tiempo del necesario para la finalidad perseguida con el tratamiento, permitiendo su conservación posterior cuando «se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos» respetando, en todo caso, las garantías al tratamiento recogidas en el art. 89 RGPD para los fines señalados.

Por tanto, los datos de carácter personal deberán eliminarse en cuanto se haya dado cumplimiento a la finalidad perseguida; en este caso, determinar si el trabajador presenta sintomatología compatible con la COVID-19 o no.

En relación con la toma de temperatura de los trabajadores, puesto que la finalidad se consigue en el mismo momento en el que se realiza la prueba, los datos no podrán ser almacenados de ninguna manera, pues el almacenamiento de estos supondrá una injerencia con este principio.

Esto resulta especialmente relevante cuando la información se obtiene a través de dispositivos como cámaras infrarrojos para lecturas de temperatura, pues éstos ofrecen, además, la opción de grabar y conservar los datos, e incluso reconocen el rostro humano para discriminarlo del resto de elementos de la imagen (AEPD, 2020:11), lo que entra en conflicto con el principio de limitación del plazo de conservación de los datos recogido en el art. 5.1.e RGPD. Es decir, si el

sistema de medición de temperatura almacena los datos obtenidos, deberá prestarse especial cuidado a la finalidad, pues el almacenamiento puede no estar justificado según este principio, ya que de nada sirve tener la información sobre las variaciones de temperatura de un trabajador, sino que lo que importa es la temperatura que muestra al entrar al centro de trabajo, con el objetivo de impedir la entrada a aquellas personas que muestren este síntoma de la COVID-19.

El propio RGPD limita, así, la conservación de los datos, y «prohíbe, en consecuencia, la conservación de los datos en forma que permita la identificación de la persona, más allá del tiempo necesario para el cumplimiento del fin que justificó el tratamiento de datos» (Goñi Sein, 2018:77), lo que, en la actual situación supone que no podrán almacenarse datos sobre la temperatura de los trabajadores.

Como se ha señalado, este artículo permite su conservación exclusivamente «con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos». Podrían, pues, almacenarse los datos obtenidos para alguno de estos fines, aunque parece que su justificación solo podrá ser suficiente cuando sea la autoridad sanitaria competente la que solicite recabar estos datos con el objetivo de realizar estudios científicos que permitan un mejor control de la pandemia.

4.6. Integridad y confidencialidad de los datos obtenidos mediante el reconocimiento médico

Por último, en cuanto al principio de integridad y confidencialidad de los datos, el art. 5.1.f establece que los datos deberán ser tratados

de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas.

En atención a lo anterior, así como a lo establecido en el art. 22 LPRL respecto a la confidencialidad de los datos relativos a la salud del trabajador, siempre que sea posible se deberá mantener la confidencialidad de los datos obtenidos sobre el interesado. Sin embargo, parece razonable que, con el objetivo único de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, la empresa —a través de su servicio médico— pueda informar sobre el hecho de que un compañero es portador del virus, siempre que se haga con el fin de evitar la propagación de este y tan solo a aquellas personas que hayan tenido contacto directo con el afectado.

Por su parte, debe recordarse aquí que el trabajador también está obligado a informar al servicio médico de la empresa, de manera inmediata, si ha estado en contacto con el virus o lo sospecha, pues el art. 29 LPRL establece la obliga-

ción del trabajador de velar por su propia seguridad y salud y la de sus compañeros. Así lo ha entendido la AEPD haciendo referencia a la especial circunstancia que se atraviesa, señalando que no supone una injerencia en su intimidad siempre y cuando el empresario trate estos datos conforme a lo establecido en el RGPD (AEPD-Informe, 2020:4). A este respecto, la AEPD ha establecido, en un documento publicado recientemente sobre preguntas frecuentes con relación al tratamiento de datos y COVID-19 que la empresa puede preguntar al personal sobre su salud, siempre y cuando la justificación de la solicitud de información —no solo de sus trabajadores, sino también de personal externo— esté dirigida a comprobar la inexistencia de síntomas del virus, para lo que no necesitaría recabar el consentimiento del interesado, aunque, según lo establecido en la LPRL, esta información deberá recabarse a través de sus servicios médicos (AEDP-FAQs, 2020:1).

Por todo lo anterior puede concluirse que, en estos momentos, cabe la posibilidad de que la empresa informe a los trabajadores sobre el contacto con un contagiado, siempre que se haga evitando dar datos que permitan la identificación del interesado por sus compañeros.

Por otra parte, deberá tenerse especial precaución en la forma de realización de la toma de temperatura. Estos controles se están realizando, con frecuencia, en espacios públicos o compartidos de la empresa, lo que supone, como se ha señalado en el apartado anterior, que una denegación de acceso al centro desvela de manera directa, a terceras personas «que no tienen ninguna justificación para conocerlo que la persona afectada tiene una temperatura por encima de lo que se considere no relevante y, sobre todo, que puede haber sido contagiada por el virus» (AEPD-Comunicado, 2020:1).

5. Conclusiones

La normativa aprobada durante el estado de alarma dirigida a frenar la expansión del virus y a minimizar los efectos de la crisis sanitaria en la sociedad y economía, otorga a las autoridades sanitarias la competencia de adoptar las medidas que sean necesarias para luchar contra pandemias como la actual (AEPD-Informe, 2020:6). Así, en la actual lucha contra la pandemia provocada por el SARS-CoV-2, el interés «superior» de la salud pública se muestra como elemento central, por encima de los derechos específicos de cada ciudadano, entre los que se encuentra la protección de datos de carácter personal e incluso el derecho a la intimidad recogido en el art. 18 CE. Sin embargo, esto no implica que el tratamiento de datos se pueda hacer de manera libre, pues la normativa en esta materia sigue plenamente vigente y deberá respetarse, protegiendo así, en la medida de lo posible, el derecho a la intimidad.

En primer lugar, se concluye que es posible la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores de manera obligatoria y masiva, dirigidas a la detección de sintomatología compatible con el SARS-CoV-2 siempre y cuando se respeten los límites a su realización establecidos en el art. 22 LPRL. Igualmente, solo resultarán proporcionales al riesgo que se pretende evitar —la expansión del virus— cuando en la empresa sea imposible tomar otras medidas preventivas como la modificación en la organización del trabajo para asegurar el distanciamiento social. Además, la empresa estará obligada, en todo caso, a adoptar el resto de medidas preventivas de protección individual, por lo que deberá dotar a los trabajadores de EPIS adecuados en función del nivel de exposición al riesgo de contagio de la COVID-19. Estos reconocimientos médicos deberán ser realizados siempre por personal médico con formación técnica adecuada, nunca por personal no sanitario.

Por su parte, el trabajador está obligado a informar al servicio médico de empresa en caso de desarrollar síntomas compatibles con la enfermedad de manera inmediata. No debe facilitar esta información al empresario, sino al servicio médico, que será quien gestione los posibles contagios y realice el seguimiento del trabajador. En todo caso, se mantendrá siempre la confidencialidad en los datos, ya sean recabados a través de una prueba o comunicados por el trabajador.

La confidencialidad de los datos obtenidos hace referencia al empresario y al resto de compañeros, pues los servicios médicos de empresa tienen la obligación de informar, en el menor tiempo posible, de los casos de COVID-19, ya sean confirmados o sospechosos, a la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma donde se ubique el centro de trabajo.

En cuanto a las pruebas a realizar, será más conveniente optar por la toma de temperatura o la realización de un cuestionario sobre otros posibles síntomas, pues resulta menos invasiva que la realización de pruebas para las que se necesita una muestra biológica del trabajador, como pueden ser las serológicas o PCRs.

En tanto que, con cualquiera de los medios utilizados, se obtendrán datos relativos a la salud del trabajador, debe prestarse especial atención al tratamiento que se haga de esos datos, pues el RGPD considera que son datos especialmente protegidos. El tratamiento de estos datos en el ámbito laboral es legítimo, pues cumple, al menos, una de las condiciones del art. 6 RGPD y, además, se realiza en el marco de una de las situaciones establecidas en el art. 9 RGPD, tal como se ha señalado en el texto.

En todo caso, el tratamiento deberá respetar los principios establecidos en el art. 5 RGPD. Para ello, se deben tomar las siguientes medidas: a) la prueba a realizar consistirá, preferiblemente, en la toma de temperatura antes de acceder al centro de trabajo, y mediante termómetros, evitando el uso de cámaras térmi-

cas. En todo caso, se seleccionará la herramienta que resulte más fiable, que deberá estar homologada y calibrada correctamente para asegurar la exactitud de los datos obtenidos; b) la prueba la realizará, siempre, personal médico formado a tal efecto, para lo que se debe contar con el servicio de prevención de la empresa; c) Se respetará la confidencialidad de los datos, por lo que, en la medida de lo posible, no se informará al resto de compañeros que hayan tenido contacto con un posible caso sobre la identidad del sospechoso. Tampoco se facilitarán datos que puedan relacionarse con la identidad de este; d) Los datos relativos a la toma de temperatura no serán almacenados, pues no está justificado su tratamiento posterior. Solo podrán ser almacenados cuando así lo solicite la autoridad sanitaria competente, en cuyo caso se facilitarán anonimizados y con el único fin de realizar estudios estadísticos que ayuden en la lucha contra la pandemia.

En definitiva, es posible la realización de pruebas para la detección de la temperatura de los trabajadores de manera generalizada y obligatoria, siempre y cuando se cuente con el criterio previo de las autoridades sanitarias que lo respalde, como es el caso. Además, se deberán cumplir las condiciones y límites establecidos, tanto en la normativa preventiva como en la de protección de datos.

6. Bibliografía

- AEPD-COMUNICADO (2020). *Comunicado de la AEPD en relación con la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos*, AEPD. Documento disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos>
- AEPD-FAQs (2020). *Documento FAQs sobre el coronavirus*, AEPD. Documento disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf
- AEPD-INFORME (2020). *Informe sobre la protección de datos en la actual situación de pandemia*, AEPD. Documento disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>
- AEPD-TECNOLOGÍAS (2020). *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Un análisis de costes y beneficios*, AEPD. Documento disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>
- MINISTERIO DE SANIDAD-INSTRUCCIONES (2020). *Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas*, Ministerio de Sanidad. Documento disponible en: <https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>
- MINISTERIO DE SANIDAD-PROCEDIMIENTO (2020). *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad. Documento disponible en: https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRLC_COVID-19.pdf

- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL-GUÍA (2020). *Guía para la actuación en el ámbito laboral con relación al nuevo coronavirus*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Documento disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Gua_Definitiva.pdf
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.; GARCÍA LÓPEZ, F.J. y NAVARRO SÁNCHEZ, C. (2017). *Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito de la salud: una propuesta normativa de adaptación al RGPD*, SESPAS.
- CAMAS RODA, F. (2002). *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Madrid: La Ley.
- CONDE ORTIZ, C. (2005). *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid: Dykinson.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (2009). *La vigilancia de la salud de los trabajadores*, León: Eolas.
- GARCÍA SERRANO, A. y PEDROSA ALQUEZAR, S.I. (1999). *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid: LaLey-Actualidad.
- GOÑI SEIN, J.L. (1999). «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales», en *Revista de Derecho Social*, núm. 5, pp. 49-74.
- GOÑI SEIN, J.L. (2009). «Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador», en AAVV: *Protección penal de los derechos de los trabajadores: seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Madrid: Edisafer, pp. 37-72.
- GOÑI SEIN, J.L. (2018). *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Albacete: Bomaerzo,
- GOÑI SEIN, J.L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (2014). «El reconocimiento médico de aptitud profesional del aspirante al empleo», en AAVV: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en el derecho sanitario*, Pamplona: Aranzadi, pp. 287-322.
- MARIN MALO, M. (2018). *La prevención del consumo de alcohol en el medio laboral. Obligaciones empresariales y medidas preventivas*, Cizur Menor: Aranzadi.
- VILLALOBOS CABRERA, I. et al. (2019). *Memento práctico de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid: Francis Lefebvre.

LA INDUSTRIA 4.0 Y LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJAR: UNA PERSPECTIVA DESDE EL CASO MEXICANO EN TIEMPOS DEL COVID-19

*Industry 4.0 and the new ways of working:
a perspective from the mexican case in times of COVID 19*

EMMANUEL LÓPEZ PÉREZ*

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es analizar las nuevas formas de trabajar y su protección social a raíz de la industria 4.0 desde una perspectiva mexicana haciendo énfasis en los tiempos del COVID-19.

Las tecnologías han cambiado la forma de concebir y desarrollar la vida de las personas donde el trabajo no es ajeno a ello, estas tecnologías han permitido desempeñar nuevas formas de trabajar que con anterioridad no se habían implementado y actualmente han cobrado fuerza por la pandemia generada por el virus COVID-19.

En ese contexto, este trabajo se desarrollará mediante el uso del método sistemático a través de tres subsistemas: nuevas formas de trabajar en la industria 4.0; trabajo en México y COVID-19 y; la construcción de un piso de protección social frente a la industria 4.0. Por último se establecen las reflexiones finales del trabajo así como las fuentes de investigación.

Palabras clave: Industria 4.0, trabajador 4.0, protección social, COVID-19, México.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the new ways of working and their social protection as a result of the industry 4.0 from a mexican perspective, emphasizing in the times of COVID-19.

Technologies have changed the way of conceiving and developing the lives of people where work is no stranger to it, these technologies have allowed to perform new ways of working that had not previously been implemented and are currently gaining strength due to the pandemic generated by the COVID-19 virus.

In this context, this work will be developed through the use of the systematic method through three subsystems; new ways of working in the industry 4.0; work in Mexico and COVID-19 and; social protection in the industry 4.0. Finally, the final reflections of the work are established as well as the sources of research.

Keywords: Industry 4.0, worker 4.0, social protection, COVID-19, Mexico.

* **Correspondencia a:** Emmanuel López Pérez. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Av. Universidad 1001 colonia Chamilpa, Cuenavaca Morelos, C.P. 602209, México – emmanuel.lopezper@uaem.edu.mx – <https://orcid.org/0000-0003-2416-9292>

Cómo citar: López Pérez, Emmanuel. (2020). «La industria 4.0 y las nuevas formas de trabajar: una perspectiva desde el caso mexicano en tiempos del COVID 19»; *Lan Harremanak*, 43, 244-263. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21737>).

Recibido: 19 mayo, 2020; aceptado: 16 junio, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



1. Introducción

El avance de las tecnologías siempre ha estado a la par con la evolución de la sociedad en mayor o menor grado, la cuales han demostrado la capacidad de transformar diversos aspectos de la vida cotidiana de las personas que en determinado tiempo eran impensables al grado de sufrir cambios tan importantes que han modificado el cómo vivimos, cómo nos comunicamos, cómo nos transportamos y por supuesto, cómo trabajamos.

Estas tecnologías se han visto reflejadas en tres grandes revoluciones industriales, hoy en día nos encontramos ante una cuarta revolución industrial también denominada como industria 4.0 la cual se encuentra caracterizada por el uso de tecnologías digitales e inteligencias artificiales, capaces de desempeñar actividades de manera autónoma sin la intervención de una persona.

Estos cambios generaron pros y contras que han permitido a la sociedad afrontar problemáticas de diversas naturalezas y que hoy en día derivado a la pandemia generada por el virus SARS-CoV2, COVID-19 se ha reforzado este planteamiento, pues nos encontramos frente a un acontecimiento mundial que ha obligado a reconfigurar la manera de vivir, pensar y por su puesto la forma de trabajar de una sociedad.

En ese contexto el objetivo del presente trabajo es analizar las nuevas formas de trabajar y su protección social a raíz de la industria 4.0 desde una perspectiva mexicana, haciendo énfasis en los tiempos del COVID-19.

Para ello este trabajo se desarrollará mediante el uso del método sistemático a través de tres subsistemas previamente definidos; nuevas formas de trabajar en la industria 4.0; trabajo en México y COVID-19 y; la construcción del piso de protección social. Por último, se establecen las reflexiones finales del trabajo, así como las fuentes de investigación.

2. Nuevas formas de trabajar en la industria 4.0

La industria 4.0 o también conocida como cuarta revolución industrial trae consigo de manera obligatoria el uso y aplicación de nuevas tecnologías digitales, las cuales se reflejan en diversos aspectos de la vida de las personas y por su puesto en el ámbito del trabajo se ve reflejado de una manera considerable.

La industria 4.0 es un nuevo modelo de organización hecho posible por la invención de las nuevas tecnologías digitales, el uso de inteligencias artificiales y el internet de las cosas gracias a las Tic's, permitiendo la creación de productos con mayor eficacia y eficiencia eliminando las barreras de lo físico y lo digital en los procesos de producción.

Esta cuarta revolución industrial ha plasmado diversas incógnitas, desde su aplicación e impacto dentro de la vida de las personas así como la urgencia para que los Estados se preparen para recibir los efectos tanto positivos como negativos que conllevan las nuevas tecnologías aplicadas en el ámbito laboral, económico, social, político y cultural.

Nuevos trabajos, nuevas profesiones, una reinención de la sociedad, son algunas de las cosas que depara la industria 4.0 para las personas en materia laboral. La implementación de las tecnologías en el mundo laboral ha abierto la posibilidad de la existencia de trabajos que en años anteriores eran impensables.

La incertidumbre se agudiza cuando surgen diversas interrogantes respecto al tema ¿los robots terminarán realizando los trabajos de las personas? ¿qué empleos serán los más afectados por las nuevas tecnologías? ¿qué se necesita para estar preparados y competir por los empleos del nuevo mercado laboral? y ¿cuál es el rol del Estado para la protección de sus ciudadanos en materia de trabajo y seguridad social?

Ciertamente son cuestionamientos que actualmente no existe una respuesta concreta, sin embargo lo que es real e inminente es que las tecnologías que conllevan la cuarta revolución industrial impactarán de una manera jamás antes vista en el ámbito laboral, por lo que la reinención de cada uno de las y los trabajadores deberá de comenzar.

Existen diversos ejemplos de estos cambios, por su puesto el impacto y el desarrollo del mismo dependerá del país y las posibilidades tanto económicas como tecnológicas que se disponga, sin embargo en un mundo donde la globalización ha hecho que todo el planeta se encuentre interconectado, tarde o temprano las tecnologías llegarán a cada uno de los puestos de trabajo e incluso a los menos esperados. Solo por citar algunos ejemplos: existen centros de distribución de productos que son operados completamente por robots, tiendas completas sin cajeros (Amazon) y restaurantes totalmente automatizados (Pages *et al.*, 2017: 266).

La implementación de tecnologías en puestos de trabajo resulta conveniente para los empleadores derivado al ahorro en costos laborales que se generarían, así como una mayor eficacia y eficiencia en sus productos o servicios, por lo que es muy probable que tiendas, restaurantes, fábricas, centros de distribución, entre otros, estén encaminados a la robotización de sus procesos de producción.

De lo anterior se plantea si estas tecnologías pondrán fin al trabajo de las personas. Para lograr responder este cuestionamiento se debe tomar en cuenta lo siguiente:

se preguntan si la tecnología acabará con el trabajo y con todos los beneficios comúnmente asociados a tener un empleo (por ejemplo, tener acceso a una pensión o seguro médico). Su argumento es que estamos viviendo una revolución tecnológica sin

precedentes, donde el cambio se está acelerando a un ritmo creciente. Si las máquinas son capaces de ejecutar mejor y de forma más económica lo que hoy hacen los humanos, ¿qué le espera a la humanidad? ¿Nos condenará la tecnología al desempleo masivo y a la desigualdad? Es obvio que la tecnología tiene un enorme potencial de destrucción de empleo, pero ¿cuál será su efecto global? Para anticipar cómo impactará la tecnología al nivel y a la composición del trabajo es preciso tener en cuenta varias cuestiones. (Pages *et al.*, 2017: 270-271)

Estas cuestiones se reflejan en tres puntos:

1. Se debe establecer que estas tecnologías podrán remplazar tareas rutinarias, es decir las fácilmente automatizables, por lo que no todo el trabajo que realizan las personas será ocupado por inteligencias artificiales;
2. Al ser sustituidas las tareas más rutinarias por máquinas, se abre la posibilidad para que profesiones con un grado de mayor de complejidad puedan ser ocupadas por las personas, por lo que una especialización en determinada profesión será requerida para ocupar estos puestos de trabajo.
3. La creación de nuevos empleos, si bien es cierto que algunos desaparecerán o serán ocupados por inteligencias artificiales, también resulta verdad que se crearán nuevos trabajos para ser ocupados por las personas e incluso, la implementación de las tecnologías en determinado sector creará trabajos para poder desempeñar o dar mantenimiento a esas tecnologías.

De lo anterior se desprende que en efecto, las tecnologías de la cuarta revolución industrial impactarán en el mundo del trabajo, pero esto no implica la destrucción del mismo, sino una transformación totalmente diferente a la que hoy conocemos, por lo que la acción para contrastar esos efectos se basará en la reinención de los trabajadores en esta nueva era requiriendo personal especializado, es decir trabajadores 4.0.

En ese contexto, esta revolución tecnológica obliga a todas las personas a reinventarse en múltiples aspectos, donde el ámbito del trabajo resulta ser una de las más afectadas, ya que los trabajadores tradicionales no tendrán las mismas oportunidades en el nuevo mercado laboral en comparación a trabajadores especializados y preparados para los empleos que se desarrollen en la industria 4.0.

De tal suerte que la mutación de un trabajador tradicional por uno denominado trabajador 4.0 resulta necesario para no quedar fuera de la competencia laboral, pues tendrán que competir por esas plazas con trabajadores capacitados y con las propias máquinas.

El trabajador 4.0 o del futuro será aquel que cuente con las *skills* necesarias para desempeñar los nuevos puestos de trabajo o las transformaciones que deri-

ven de la industria 4.0. Por supuesto se debe resaltar la importancia de las competencias emergentes para el trabajo de futuro, las cuales se deberán de contar para ser atractivos a los puestos de empleo de la cuarta revolución industrial. Cabe establecer que una competencia es:

el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas que pueden aprenderse, permiten a los individuos realizar una actividad o tarea de manera adecuada y sistemática, y que pueden adquirirse y ampliarse a través del aprendizaje. Esta definición incluye toda la gama de competencias cognitivas (p. ej. Alfabetización y aritmética), técnicas (específicas de un sector u ocupación) y socioemocionales (p. ej. trabajo en equipo, comunicación). El conjunto de todas las competencias disponibles para la economía en un momento dado conforma el capital humano de un país. (OCDE, 2017: 3)

Sin embargo esta definición hace referencia respecto a una competencia general dándonos la pauta para entender los requerimientos esenciales para cualquier trabajador, sin embargo las competencias emergentes tienden a requerir determinada especialización pues como su nombre indica tienen que ver directamente con las competencias básicas y las necesidades de aplicación práctica del conocimiento profesional en el entorno social y laboral que se genera dentro de la 4RI (Mendizábal *et al.*, 2019: 73).

Al respecto Mendizábal Bermúdez y Escalante Ferrer (2019) han plasmado seis competencias emergentes que debe contar un trabajador 4.0:

1. Pensamiento crítico y solución de problemas complejos;
2. Competencias digitales laborales;
3. Competencias lingüísticas;
4. Competencias de aprendizaje permanente (saber reaprender);
5. Competencias socioemocionales para el trabajo 4.0, y;
6. Competencias para el trabajo transdisciplinar;

Cada una de estas competencias deberán ser adquiridas y desarrolladas por cada uno de los trabajadores 4.0, esto con la finalidad de no quedar desfasados de los puestos de trabajo del nuevo mercado laboral.

Ser aptos en esta era resulta un punto clave para ocupar las fuentes de trabajo del mañana, por lo que es necesario adquirir las competencias que les permitan a las personas adaptarse a las nuevas dinámicas económicas y sociales de la economía digital.

Por lo tanto, el ejercicio de estas competencias permite al trabajador buscar nuevas oportunidades de empleo sin que se encuentre de por medio su capacidad para poder desempeñarlo. Se debe precisar que las exigencias actuales laborales que deben afrontar los trabajadores 4.0 no solo se basarán en los conocimientos teóricos y prácticos, sino que será necesario que cuenten con una

inteligencia social y habilidades digitales para el desarrollo de las profesiones y empleos la cuarta revolución industrial (Mendizábal *et al.*, 2019: 74).

Dicho lo anterior se puede establecer que un trabajador 4.0 es aquel que se encuentra en un proceso de aprendizaje constante durante su vida y que cuenta con *skills* y competencias emergentes requeridas para desempeñar los puestos de trabajo del nuevo mercado laboral y sus constantes transformaciones a causa de las tecnologías de la cuarta revolución industrial.

3. Trabajo en México frente al COVID-19

La Organización Mundial de la Salud¹ (2020) refiere que el COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus² que se ha descubierto más recientemente. Tanto este nuevo virus como la enfermedad que provoca eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019.

Cabe mencionar que en el mes de marzo de 2020 la propia OMS (Organización Panamericana de la Salud, 2020: s.p) declaró que, tras determinadas evaluaciones, así como los niveles alarmantes de propagación del virus, evaluó al virus del COVID-19 como una pandemia, por lo que todos los países deberían tomar acciones inmediatas para hacer frente a esta nueva enfermedad. De lo anterior, el gobierno mexicano a través del Consejo de Salubridad emitió una serie de acuerdo en relación a la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) teniendo diversos alcances y a manera de síntesis se redactan los sobresalientes.

El 16 de marzo se publicó el acuerdo por el que se suspenden las clases en las escuelas de educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás, teniendo como finalidad que las y los estudiantes permanecieran en casa para evitar el contagio del virus en los centros educativos del país.

El 23 de marzo de 2020 el Consejo de Salubridad General emitió un acuerdo por el que reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, estableciendo las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia (Secretaría de Gobierno, 2020: s.p.). Asimismo con fecha 30 de marzo de 2020 se emite el acuerdo por el que se declara emergencia sanitaria por causa de

¹ A partir de este momento nos referiremos a la Organización Mundial por sus siglas OMS.

² Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS).

fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Este acuerdo tiene un impacto directo en materia de trabajo ya que es la antesala de la suspensión de actividades que no son consideradas esenciales, las cuales se encuentran estipuladas en el siguiente acuerdo.

El 31 de marzo de 2020 se publicó el acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, donde los sectores público, social y privado deberán implementar las siguientes medidas:

I. Se ordena la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad, para disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por COVID-19 en la población residente en el territorio nacional.

II. Solamente podrán continuar en funcionamiento las siguientes actividades, consideradas esenciales:

- a) Las que son directamente necesarias para atender la emergencia sanitaria, como son las actividades laborales de la rama médica, paramédica, administrativa y de apoyo en todo el Sistema Nacional de Salud. También los que participan en su abasto, servicios y proveeduría, entre las que destacan el sector farmacéutico, tanto en su producción como en su distribución (farmacias); la manufactura de insumos, equipamiento médico y tecnologías para la atención de la salud; los involucrados en la disposición adecuada de los residuos peligrosos biológicos-infecciosos (RPBI), así como la limpieza y sanitación de las unidades médicas en los diferentes niveles de atención.
- b) Las involucradas en la seguridad pública y la protección ciudadana; en la defensa de la integridad y la soberanía nacionales; la procuración e impartición de justicia; así como la actividad legislativa en los niveles federal y estatal.
- c) Las de los sectores fundamentales de la economía: financieros, el de recaudación tributaria, distribución y venta de energéticos, gasolineras y gas, generación y distribución de agua potable, industria de alimentos y bebidas no alcohólicas, mercados de alimentos, supermercados, tiendas de autoservicio, abarrotes y venta de alimentos preparados; servicios de transporte de pasajeros y de carga; producción agrícola, pesquera y pecuaria, agroindustria, industria química, productos de limpieza; ferreterías, servicios de mensajería, guardias en labores de seguridad privada; guarderías y estancias infantiles, asilos y estancias para personas adultas mayores, refugios y centros de atención a mujeres víctimas de violencia, sus hijas e hijos; telecomunicaciones y medios de información; servicios privados de emergencia, servicios funerarios y de inhumación, servicios de almacenamiento y cadena de frío de insumos esenciales; logística (aeropuertos, puertos y ferrocarriles), así como actividades cuya suspensión pueda tener efectos irreversibles para su continuación.
- d) Las relacionadas directamente con la operación de los programas sociales del gobierno, y

- e) Las necesarias para la conservación, mantenimiento y reparación de la infraestructura crítica que asegura la producción y distribución de servicios indispensables; a saber: agua potable, energía eléctrica, gas, petróleo, gasolina, turbosina, saneamiento básico, transporte público, infraestructura hospitalaria y médica, entre otros más que pudieran listarse en esta categoría.

III. En todos los lugares y recintos en los que se realizan las actividades definidas como esenciales, se deberán observar, de manera obligatoria, las siguientes prácticas:

- a) No se podrán realizar reuniones o congregaciones de más de 50 personas.
- b) Las personas deberán lavarse las manos frecuentemente.
- c) Las personas deberán estornudar o toser aplicando la etiqueta respiratoria (cubriendo nariz y boca con un pañuelo desechable o con el antebrazo).
- d) No saludar de beso, de mano o abrazo (saludo a distancia), y
- e) Todas las demás medidas de sana distancia vigentes, emitidas por la Secretaría de Salud Federal.

IV. Se exhorta a toda la población residente en el territorio mexicano, incluida la que arribe al mismo procedente del extranjero y que no participa en actividades laborales esenciales, a cumplir resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril de 2020. Se entiende como resguardo domiciliario corresponsable a la limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular o sitio distinto al espacio público, el mayor tiempo posible.

V. El resguardo domiciliario corresponsable se aplica de manera estricta a toda persona mayor de 60 años de edad, estado de embarazo o puerperio inmediato, o con diagnóstico de hipertensión arterial, *diabetes mellitus*, enfermedad cardíaca o pulmonar crónicas, inmunosupresión (adquirida o provocada), insuficiencia renal o hepática, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial. El personal esencial de interés público podrá, de manera voluntaria, presentarse a laborar.

VI. Una vez terminado el periodo de vigencia de las medidas establecidas en el presente Acuerdo, la Secretaría de Salud, en coordinación con la Secretaría de Economía y la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, emitirán los lineamientos para un regreso, ordenado, escalonado y regionalizado a las actividades laborales, económicas y sociales de toda la población en México.

VII. Se deberán posponer, hasta nuevo aviso, todos los censos y encuestas a realizarse en el territorio nacional que involucren la movilización de personas y la interacción física (cara a cara) entre las mismas, y

VIII. Todas las medidas establecidas en el presente Acuerdo deberán aplicarse con estricto respeto a los derechos humanos de todas las personas (Secretaría de Gobierno, 2020: s.p.).

De este último acuerdo se deja claro que todas las actividades laborales que no se encuentren consideradas como esenciales deberán permanecer cerradas para afrontar las medidas sanitarias y evitar la propagación del virus COVID-19.

Estos acuerdos generaron que más del 70% de las microempresas y pequeñas empresas tuvieran que cerrar las fuentes de trabajo pues no encuadraban como actividades esenciales para permanecer abiertos ante la declaratoria de

emergencia sanitaria, cabe resaltar que con base a la última Encuesta Nacional Sobre Productividad y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (ENAPROCE) en México realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía³ (2019) se establece que existen alrededor de 4.1 millones de micro, pequeñas y medianas empresas, el 97.3% componen las microempresas mientras el 2.7% corresponden a las PyMES.

Del cierre de fuentes de empleo surgen varios planteamientos que valen la pena traer a colación ya que se encuentran estrechamente vinculados con el presente trabajo:

3.1. El teletrabajo como una forma de trabajar ante la emergencia sanitaria

La contingencia provocó una readaptación a las formas de trabajar de muchas personas y empleadores, si bien es cierto el teletrabajo o trabajo a distancia no es un tema nuevo en el país, incluso se encuentra regulado como trabajo especial en la Ley Federal del Trabajo,⁴ sin embargo esta figura es muy poco usada por diversas causas, una de ellas se enfoca a las estructuras organizacionales de los centros de trabajo pues no se encuentran diseñadas o no son compatibles con esta nueva modalidad de trabajo. Asimismo la falta de interés de las personas por experimentar nuevas formas de desempeñar su actividad laboral, ya que con base al informe «Búsqueda de Empleo por Internet en México 2017» realizada por la Asociación de internet en México (2017) establece que el 89% de las personas encuestadas⁵ tienen la disposición de trasladarse a la fuente de trabajo, el 10% prefieren realizar su actividad mixta, es decir, algunos días en oficina y otros en casa mientras que solo el 1% prefieren trabajar desde el hogar.

Lo cierto es que el teletrabajo o *home office* resurgió en esta emergencia sanitaria como una oportunidad para que muchas empresas y trabajadores puedan continuar sus actividades laborales vía remota gracias a las tecnologías de información, máxime al encontrarnos en una era donde lo digital predomina.

La Ciudad de México es uno de los Estados de la república mexicana que de acuerdo con datos proporcionados por la Organización Internacional del Trabajo⁶ (2020) mencionan que existe un mayor avance en la implementación del teletrabajo incluso antes de la pandemia. La Secretaría de Trabajo y Fomento al Empleo de la ciudad ha realizado convenios para la implementación y fomento

³ A partir de este momento nos referiremos al Instituto Nacional de Estadística y Geografía por sus siglas INEGI.

⁴ El artículo 311 regula el trabajo a domicilio.

⁵ Un muestreo de 3,618 personas.

⁶ A partir de este momento nos referiremos a la organización Internacional del Trabajo por sus siglas OIT.

de esta herramienta laboral, apostando por los horarios flexibles, la autonomía en el trabajo sin la necesidad de usar transporte para salir de casa, la conciliación de la vida laboral-familiar, entre otros.

El teletrabajo ha tomado un papel importante en esta emergencia sanitaria capaz de reducir la crisis de desempleo a causa del cierre de las empresas que no son consideradas como actividades esenciales, sin embargo aún queda mucho por avanzar respecto al tema ya que solo dos de cada diez empresas podrán hacer frente a esta contingencia provocada por el COVID 19 debido al rezago tecnológico y la poca inversión en formación tecnológica y de equipos de trabajo (Méndez, 2020: s.p.).

3.2. Acceso a internet en hogares mexicanos para realizar el trabajo a distancia

El acceso a las tecnologías de información e internet son la pieza clave para poder desempeñar la actividad laboral a distancia a través de los medios digitales. En los últimos años México ha presentado un gran avance por lo que respecto al acceso al internet de los hogares mexicanos teniendo un aumento considerable respecto años anteriores, sin embargo aún quedan retos por llevar a cabo para garantizar la conectividad de la mayoría de la población mexicana y por ende, la implementación del teletrabajo en diversos empleos.

Al respecto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Morales, 2019: s.p.) refiere que en México sólo el 51% de los hogares cuentan con una conexión de banda ancha para el servicio y que son pocos los estudiantes que tienen acceso a herramientas digitales en la escuela comparado con otros países de la OCDE.

Pese a lo anterior, cabe destacar que el gobierno mexicano ha implementado acciones para llevar internet a los centros educativos, así como a lugares públicos mediante *hotspots*⁷ gratuitos en plazas o centros públicos para que las personas puedan acceder a internet a través de sus aparatos móviles como teléfonos, tabletas o computadoras portátiles.

Datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía en conjunto con el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (2020) refieren que en México 20.1 millones de hogares tiene acceso a internet, representando el 56.4% de la población, esto a través de una conexión fija o móvil,⁸ sin embargo el 92.5% (33 millones) de los

⁷ Un *Hotspot* es un punto de acceso a Internet a través de una red de área local inalámbrica mediante el uso de un *router* conectado a un proveedor de servicios de Internet. Los *Hotspots* suelen utilizar la tecnología WiFi.

⁸ Cabe aclarar que si se contrasta estos datos con los proporcionados por la OCDE existe una variación, sin embargo, la organización hace esa referencia respecto a la conexión de internet por banda ancha.

hogares cuenta por lo menos con una televisión reflejándose aún el dominio que tiene la televisión sobre el internet en los hogares mexicanos.

Asimismo establece que existen 80.6 millones de usuarios de internet que representan el 70.1% de la población de seis años o más, la cual se encuentra representada con el 51.6% de mujeres y el 48.4% por hombres. Por su parte el 76.6% de la población urbana es usuaria de internet mientras que en la población de la zona rural solo es el 47.7% (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2019: s.p.).

El grueso de la población usuaria de internet es aquella que cuenta entre 18 a 24 años de edad con un 91.2% seguido de la población de 12 a 17 años con 87.8% y la población con 25 a 34 años con el 86.9%. Por el contrario, la población que menos usa el internet es aquella que cuenta con 55 años y más representando el 34.7% (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2019: s.p.).

El INEGI (2020) establece que:

Entre las principales actividades de los usuarios de Internet en 2019, están para entretenimiento (91.5%), obtención de información (90.7%) y comunicarse (90.6%). En contraste, las actividades que menos realizan los usuarios de Internet son operaciones bancarias en línea (16.8%), ordenar o comprar productos (22.1%) e interactuar con el gobierno (35.6 por ciento).

Como una reflexión preliminar, los usuarios de internet en México han tenido un crecimiento considerable en los últimos cinco años donde el grueso de la población que accede a la misma es la más joven entre los rangos de edad de 12 a 34 años mientras que las personas más grandes de edad son las que menos lo usan. Sumado a lo anterior, las actividades para las que se ocupa el internet son relacionadas al entretenimiento, búsqueda de información y la consulta de las redes sociales haciendo hincapié que el trabajo no figura entre estas.

De lo anterior se desprende que el uso y acceso al internet garantiza la evolución de una sociedad en diversos sentidos, por su puesto el trabajo no resulta ajeno a los impactos que pudiera tener. En ese contexto, la suma de los esfuerzos para llevar esta herramienta al grueso de la población tendrá que atenderse para establecer el teletrabajo como una modalidad laboral que se pueda desempeñar cotidianamente en el país.

3.3. Pérdida de empleos

Es claro que la crisis sanitaria a nivel mundial ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad de quienes están fuera del empleo convencional (Countouris *et al.*, 2020: s.p.). De lo anterior es necesario hoy en día establecer una acepción más amplia del término trabajador para no generar una desigualdad que por este

tipo de contingencias conlleva un aumento a la misma. Esta situación da pie para que todos los derechos laborales y de seguridad social se apliquen a cada trabajador que proporcione un trabajo o servicios en una capacidad predominantemente personal y que no está operando realmente una empresa comercial por su propia cuenta (Countouris *et. al.*, 2020: s.p.).

Sumado a lo anterior se establece la siguiente afirmación:

los gobiernos se apresuran a apoyar a los empleados con esquemas de reemplazo de ingresos y a las empresas con préstamos de interrupción, millones de trabajadores independientes con contratos de cero horas, que trabajan a través de empresas de servicios personales, plataformas digitales u otros intermediarios, están atrapados en un limbo de impotencia y enfrentar la pobreza y la miseria (Countouris *et al.*, 2020: s.p.).

La informalidad laboral como un aliado de la pandemia ha aumentado perjudicando a la población que se encuentra en ese sector. Las Naciones Unidas (2020) a través de la OIT prevé una crisis mundial a consecuencia de la pandemia de la que se desprenderán pérdidas graves en el trabajo, por ejemplo, desaparecerán 6,7 de las horas de trabajo para junio de este año, lo que equivale a 195 millones de trabajadores a tiempo completo. Los sectores que están principalmente expuestos a este riesgo son los de servicio como: hospedaje, restauración, manufactura, comercio minorista, así como las actividades empresariales y administrativas. El aumento de desempleo para final de año incluso podría alcanzar a 25 millones de desempleados a nivel mundial.

Para el caso mexicano el panorama no resulta alentador, en los últimos informes del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) (2020) en materia de empleos registrados, establecen que, como consecuencia de los efectos derivados por la emergencia sanitaria, en marzo se registró una disminución mensual de 130,593 puestos de trabajo lo que se traduce en la pérdida de empleo de los mismos, y para el mes de abril se registraron 555,247 empleos perdidos. De lo anterior se traduce que en solo dos meses se han perdido 685,840 puestos de trabajo a consecuencia de la emergencia sanitaria.

En ese contexto el COVID-19 ha traído una reflexión muy importante respecto la importancia de la vinculación de las tecnologías en aspectos indispensables de la vida de las personas como el trabajo, la educación y la salud.

Nos ha mostrado la necesidad de afrontar una nueva realidad en nuestra forma de vivir en donde las tecnologías su uso y dominio debe encontrarse de manera permanente para afrontar nuevas realidades de las sociedades.

3.4. El COVID-19 y la educación en línea en México

A causa de la suspensión de clases presenciales en todos los niveles educativos en México por la emergencia sanitaria, se implementaron acciones para

que el estudiantado pueda continuar recibiendo su educación desde casa a través de diversos medios tecnológicos como transmisiones por televisión abierta, plataformas digitales como Moodle, Google Classroom, Zoom, entre otros. Sin embargo este cambio tan repentino en la forma de impartir educación en el país trajo consigo diversos cuestionamientos viéndose reflejados en pros y contras.

Por lo que respecta a la primera:

1. El uso de herramientas digitales está permitiendo que más de 36 millones de estudiantes en el país continúen recibiendo su instrucción educativa, dando la posibilidad a que las y los alumnos no pierdan el ciclo escolar correspondientes (Moreno, 2020: s.p.).
2. El lanzamiento y disponibilidad de diversos cursos en línea de manera gratuita para que el estudiantado y público en general pueda realizarlos en la cuarentena, obteniendo una constancia con valor curricular. Asimismo, la habilitación de material académico y de lectura gratuito en diversas plataformas que son de pago, poniendo a disposición de toda persona dicho material para su consulta.

Por lo que respecta al lado negativo:

1. Un aumento de las desigualdades, en razón al alumnado que se encuentra en condición de vulnerabilidad pues carecen de acceso a las herramientas digitales como una computadora e internet quedando privados de su educación, cabe recordar que con base en la última medición de la pobreza realizada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2019) refiere que en México existían 52.4 millones de personas en situación de pobreza representando el 41.9% de la población total mexicana. Asimismo, refiere que 9.3 millones de personas (el 7.4% de la población total) se encuentra en pobreza extrema, traducándose en la falta de recursos necesarios para adquirir los productos nutrimentales esenciales de una persona.
2. Una falta de capacitación por parte de los docentes y estudiantado para incorporar las tecnologías de la información a la experiencia pedagógica cotidiana ya que los docentes y alumnado no cuentan con las competencias digitales para el manejo y uso de las diversas herramientas digitales que se pueden utilizar para la impartición de clases en línea, complicando la continuidad de las clases de manera virtual (Fernández *et al.*, s.p).
3. El acceso a las herramientas digitales y al internet, pilar fundamental para la impartición de clases a distancia.

4. La construcción del piso de protección social en tiempos de COVID-19 y la industria 4.0

Las discusiones que se han planteado en materia de protección social derivan en dos cuestionamientos relacionadas con las temáticas analizadas ¿cómo otorgar protección social a las personas que carecen de un mecanismo para ello y se vean afectadas por la pandemia originada por el COVID-19? y ¿cómo garantizar a las y los trabajadores una protección social en esta era digital dominada por las máquinas? Ciertamente son dos supuestos que parecieran incompatibles, sin embargo tiene un hilo conductor en común, la consecuencia que originan estos dos hechos es la precarización del acceso a la protección social de las personas.

Se plasman estos cuestionamientos derivado a que en México la seguridad social se encuentra laboralizada, esto quiere decir que sin la existencia de un trabajo formal es imposible el aseguramiento social, pues el marco normativo impide el acceso a personas que no se encuentren en este sector de la población económicamente activa (PEA) y como se abordó en el punto anterior, la mayoría del PEA en México se encuentra en la informalidad. Esta situación afecta a millones de personas que no cuentan con los medios de protección necesarios, máxime en tiempos del COVID-19 donde la atención a la salud es primordial.

Por lo que respecta a la segunda interrogante se desprende que las tecnologías que acarrea la industria 4.0 son capaces de desplazar de los puestos de trabajo a las personas para ser ocupadas por inteligencias artificiales, máxime aquellos trabajos que son fácilmente automatizables, trayendo como consecuencia el aumento al desempleo, una precarización en los sistemas de protección social, así como el aumento del trabajo informal.

La importancia de la protección social en estos tiempos (visto desde los dos ámbitos formulados) a originado la necesidad de establecer mecanismos enfocados a garantizar una protección social universal a todas las personas donde la construcción del piso de protección social forma parte de ellos.

La OIT (2016) refiere que piso de protección social es:

La expresión «protección social» se emplea para referirse a la protección que proporcionan los sistemas de seguridad social en los casos en que existen riesgos y necesidades de índole social. El concepto de protección social suele tener un sentido más amplio que el concepto de seguridad social, e incluir específicamente la protección que los miembros de una familia o de una comunidad local se prestan entre sí... Así pues, por desgracia en muchos contextos las expresiones «seguridad social» y «protección social» se emplean indistintamente como sinónimas.

De dicha acepción se desprende que la protección social es el género y los sistemas como lo sostiene la OIT para referirse a las prestaciones que otorga la

seguridad social (vivienda, salud, pensiones, etcétera.) en determinada contingencia forman la especie. La protección social tiende a ir más allá y no solo se limita a las prestaciones otorgadas por determinado sistema de seguridad social, sino debe ser la encargada de garantizar esos derechos sociales que goza cada individuo.

Para ello Ramiro Guerrero (2006) sostiene que protección social: es una serie de intervenciones públicas para: a) ayudar a las personas, familias y comunidades a manejar mejor el riesgo b) apoyar a los más pobres en situación crítica. De lo anterior se resalta que la protección social debe ser implementada mediante políticas públicas que el Estado debe determinar para su otorgamiento a cierta colectividad con el fin de contrarrestar algún tipo de eventualidad que pueda sufrir las personas (por ejemplo, los posibles efectos negativos de la industria 4.0 en el trabajo), y segundo, es necesario resaltar que la protección social debe estar encaminada a sacar de la pobreza a aquellas personas que se encuentran en esta condición.

Adición a lo anterior, Drolet (2014) menciona que la protección social son las acciones públicas adoptadas en respuesta a los niveles de vulnerabilidad, el riesgo y la privación que se consideran socialmente inaceptable en una sociedad determinada. Es pertinente resaltar que los mecanismos que establece un Estado para satisfacer la necesidad de protección social varían según las políticas públicas implementadas por cada nación. En México para el otorgamiento de la protección social son utilizados determinados programas asistenciales dirigidos a las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, dicho lo anterior es oportuno traer a colación lo que menciona Mendizábal Bermúdez (2019) al sostener que la protección social, es solo eso programas, o medidas que tienden a proteger al ciudadano, pero no son en su mayoría exigibles.

Por lo que se puede afirmar que la protección social no solo se limita a brindar los servicios esenciales económicos y en especie a la sociedad, sino también busca la manera de sacar de un estado de pobreza a las personas que se encuentran en esta condición mediante políticas públicas debidamente planificadas y encaminadas para realizarlo, en el caso de México, a través de la implementación de los famosos programas asistenciales.

De tal suerte que la protección social es aquella que el Estado tiene que garantizar y velar por su cumplimiento mediante los sistemas previamente establecidos (seguros sociales, asistencia social, beneficencia pública) con la finalidad de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de una persona a través medios de ingresos, educación, vivienda y salud, teniendo como prioridad aquéllos individuos que por sus características socioeconómicas se encuentran en estado de vulnerabilidad frente a la sociedad.

Ahora bien, a raíz de las posibles consecuencias negativas de las tecnologías en el ámbito del trabajo y en los mecanismos de protección social, así como los efectos que se encuentra generando la pandemia originada por el virus COVID-19 se han planteado mecanismos dirigidos al otorgamiento de protección social de las personas que pudieran encontrarse en estos supuestos.

La tendencia mundial que ha marcado la pauta desde el 2008 la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) se encuentran encaminadas al establecimiento de un piso de protección social en su población.

Al respecto cabe referir que en ese año el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, con la finalidad de combatir el impacto social de la crisis económica del mismo año, se tomó a la tarea de atender de manera inmediata este problema y buscar una solución para contrarrestar esta crisis económica. De lo anterior en el año 2009, se llegó a un acuerdo entre las agencias de la Organización de las Naciones Unidas para accionar nueve iniciativas conjuntas (United Nations, 2009: 28), una de estas iniciativas se encuentra la Iniciativa del Piso de Protección Social, que fue abanderada por la OIT y la OMS.

A la postre en similar año, la ONU impulsa la iniciativa del Piso de Protección Social, que considera la provisión de servicios esenciales y transferencias a todas aquellas personas en necesidad de protección para prevenir que caigan en estado de pobreza extrema o facilitar su salida de la misma (Bertranou, 2010: 1), es decir brindarles la protección social mínima estableciendo los mecanismos necesarios para otorgarles la protección básica de seguridad basadas en el acceso a un conjunto de bienes y servicios dividiéndose en cuatro grandes garantías: la atención de salud esencial; la seguridad básica del ingreso para los niños; la seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes y; la seguridad básica del ingreso para las personas en edad avanzada.

Cabe resaltar que la implementación del piso de protección social no implica la adquisición de nuevos derechos sino que, por el contrario, reafirma y contribuye a la materialización del derecho humano a la seguridad social consagrado como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organización Internacional del Trabajo, 2014: 75).

Con motivo de dicha iniciativa propuesta por la ONU en el año 2012 la OIT emitió la recomendación sobre los pisos de protección social número 202, donde orienta a los Estados Miembros a través de los principios establecidos en la propia recomendación para la implementación de sistemas de seguridad social integrales y la extensión de la cobertura de la seguridad social, dando prioridad a

la puesta en práctica de pisos de protección social accesibles a todas las personas necesitadas (Organización Internacional del Trabajo, 2012: s.p.).

El principal objetivo es llevar a cabo estrategias para ampliar la seguridad social aumentando progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas conforme a los sistemas nacionales de cada país. De esta manera la Oficina Internacional del Trabajo y la Oficina Mundial de Salud (2011) define al piso de protección social de la siguiente manera:

Piso de Protección Social designan un concepto coherente y global de política social que promueve estrategias definidas con carácter nacional que protegen un nivel mínimo de acceso a los servicios esenciales y a la seguridad del ingreso para todos en la crisis económica y financiera actual y más allá de la misma.

De igual modo la ONU (2011) sostiene que el piso de protección social es:

La promoción del acceso de los más pobres y vulnerables a los servicios esenciales y a las transferencias sociales, presentando un enfoque global de la protección social que destaca el lado de oferta y el de demanda en la extensión de la protección social y la garantía del acceso efectivo.

Se debe comprender que el piso de protección social tiene como finalidad el acceso a los servicios de protección social a través de servicios esenciales y de transferencia económica para aquellas personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad o carezcan de las bondades de la seguridad social en harás de elevar su calidad de vida.

Dicha implementación del piso de protección social en cada una de las naciones serán conforme las políticas públicas que cada Estado Miembro determine, pero siempre respetando los objetivos y principios establecidos en la recomendación de pisos de protección social número 202 del año 2012.

La importancia de la protección social en estos tiempos tan cambiantes ha planteado la necesidad de implementar acciones públicas que permitan garantizar los mínimos esenciales que cualquier persona requiera para desarrollar su vida de una manera digna, es aquí donde el establecimiento del piso de protección social en cada uno de los Estados fungirá como pieza clave para el cumplimiento de dicho objetivo.

Hoy en día se han analizado dos supuestos (la industria 4.0 y COVID-19), sin embargo la existencia de otro acontecimiento podrán requerir una mayor demanda de los medios de protección social, por lo que el establecimiento del piso de protección social podrá ser un medio para contener y otorgar los medios de subsistencia de una persona para garantizarle una calidad de vida individual y colectiva.

5. Reflexiones finales

De las aseveraciones anteriormente expuestas y a manera de reflexión final se puede establecer las siguientes consideraciones.

Históricamente las tecnologías siempre han acompañado a las personas reflejándose en todos los aspectos de su vida en menor o mayor grado, por lo que resulta necesario una adaptación (persona-tecnología) para una convivencia conjunta.

Los trabajos del mercado laboral del futuro demandarán competencias enfocadas al dominio de tecnología e inteligencia artificial por lo que las y los trabajadores tendrán que evolucionar y adaptarse a estos nuevos cambios en el ámbito del trabajo, es decir deberán reeducarse para desempeñar estas fuentes de empleo, así como sus nuevas modalidades donde el uso y manejo de tecnologías y herramientas digitales predominará para ocupar los puestos de trabajo.

La pandemia generada por el COVID-19 ha demostrado que se pueden realizar determinadas actividades laborales sin la necesidad de desplazarnos al lugar de trabajo gracias al uso de las Tic's, sin embargo también ha dejado ver que algunas sociedades (como en México) no se encuentran capacitadas para poder desempeñarlo, ya sea por la falta de habilidades y competencias digitales de las personas o en su defecto, por la carencia de los insumos para poder realizarlo.

Por último, a raíz de las nuevas situaciones de hecho que trastocan cuestiones cotidianas de las personas como el trabajo y la protección social, resulta necesario establecer el planteamiento para la creación de un nuevo derecho que atienda las nuevas necesidades que presentan estos acontecimientos máxime que el derecho siempre es creado posterior al hecho a regular, por lo que en este contexto hoy en día se abren la pauta para comenzar a regular estas nuevas situaciones con el objetivo de velar y proteger desde el ámbito jurídica a las sociedades.

6. Fuentes de investigación

ASOCIACIÓN DE INTERNET (2017). *Búsqueda de Empleo por Internet en México 2017*. México: Asociación de Internet.

BERTRANOU, Fabio (2010). *Iniciativa del Piso de Protección Social*. Suiza: Ed. OIT.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL (2019). *Medición de la pobreza*. México: CONEVAL.

COUNTOURIS, Nicola y DE STEFANO, Valerio (2020). *COVID-19 crisis makes clear a new concept of 'worker' is overdue*, UK: Social Europe.

DROLET L., Julie (2014). *Social protection and social development international initiatives*. Canadá: Ed. Springer.

- FERNÁNDEZ, A. Marco y Herrera Noemí, Laura (2020). *Lecciones del COVID-19 para el sistema educativo mexicano*. México: Nexos.
- GUERRERO, Ramiro (2006). *El concepto de la protección social*. Colombia: Imprenta Nacional.
- INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (2020) *Puestos de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social*. México: IMSS.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (2019). *INEGI presenta resultados de la encuesta nacional sobre productividad y competitividad de las micro, pequeñas y medianas empresas (ENAPROCE) 2018*. México: INEGI.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (2020). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares 2019*. México: INEGI.
- MÉNDEZ FABIOLA (2020). *Como sobrevivir al Home Office y no deprimirte en el encierro*. México: UNAM Global.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela y ESCALANTE FERRER, Ana Esther (2019). *Formación universitaria, trabajo y género en la cuarta revolución industrial*. México: UAEM-Editorial Porrúa.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela (2019). *La Seguridad Social en México*. México: Ed. Porrúa.
- MORALES, Yolanda (2019). *México está rezagado en el mapa digital de la OCDE*. México: El economista.
- MORENO, Teresa (2020). *Regresan a clases más de 32 millones de estudiantes*. México: El universal.
- NACIONES UNIDAS (2020). *OIT: el COVID-19 causa pérdidas devastadoras de empleos y horas de trabajo*. México: OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011). *Sexta Iniciativa de la JJE en respuesta a la crisis financiera económica y global y su impacto en el trabajo del sistema de las Naciones Unidas*. Suiza: Ed. OIT.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *La recomendación de los pisos de protección social*. Suiza: Ed. OIT.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2014). *El Piso de Protección Social: Desarrollo Conceptual y Aplicación en América Latina*. Suiza: Ed. OIT.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Glosario*. Suiza: OIT.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). *CDMX lidera el tema del teletrabajo en México*, México: OIT.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus*. Suiza: OMS.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2020). *La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia*. Estados Unidos de América: OPS.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2017). *Skills Strategy, Diagnóstico de la OCDE sobre la Estrategia de Competencias, Destrezas y Habilidades*. México: OCDE.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES (2011). *El concepto de piso de protección social*. Suiza: Ed, OIT.
- PAGES SERRA, Carmen y RIPANI, Laura (2017). «El empleo en la cuarta revolución industrial», *Revista integración & comercio*, número 42, 270-271. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Revista-Integraci%C3%B3n-Comercio-A%C3%B1o-21-No-42-Agosto-2017-Robot-luci%C3%B3n-el-futuro>

del-trabajo-en-la-integraci%C3%B3n-40-de-Am%C3%A9rica-Latina.pdf (accedido: 30-5-2020).

- SECRETARÍA DE GOBIERNO (2020). *ACUERDO por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*, México: DOF.
- SECRETARÍA DE GOBIERNO (2020). *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. México: DOF.
- UNITED NATIONS (2009). *The global financial crisis and its impact in the work of the UN system*. Suiza: Ed. UN.

APROXIMACIÓN AL ABUSO DE SUSTANCIAS EN EL LUGAR DE TRABAJO EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EN ESPAÑA: COMPARACIÓN DE AMBOS SISTEMAS

*The approach to substance abuse in the workplace in the United States
and Spain: comparison of both systems*

ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ*

Universidad de León, España; Universidad de Washington, USA

RESUMEN

El abuso de sustancias en las empresas es una lacra que tiene consecuencias desafortunadas en cualquier relación laboral, tanto para las empresas (como el absentismo, el aumento de los costos médicos o la disminución de la productividad) como para los trabajadores (problemas de salud, despidos o discapacidades). A través del análisis de dos de los sistemas regulatorios más avanzados para cubrir este tema, se observará cómo, a pesar de las garantías comprobadas que existen con respecto a la protección de los derechos fundamentales a la salud (a través de Programas de Asistencia al Empleado —PAE—, ampliamente utilizados en los Estados Unidos de América) y al trabajo (a través del sistema regulador español), hay brechas importantes que deben ser cubiertas. Los preocupantes datos de consumo reflejados muestran que es necesario tomar medidas de acción concretas, más allá de las meras declaraciones de intenciones, para garantizar claramente la protección de los derechos fundamentales que podrían conducir a una solución específica de este problema, que involucra a millones de empleados y empleadores en el mundo.

Palabras clave: drogadicción, lugar de trabajo, abuso de sustancias, rehabilitación, prevención, despido.

ABSTRACT

Substance abuse in companies is a scourge that has unfortunate consequences in any employment relationship, both for companies (such as absenteeism, rising medical costs or decreasing productivity) and for workers (health problems, dismissals or disabilities). Through the analysis of two of the most advanced regulatory systems of covering this issue, it will be observed how, despite the proven guarantees that exist regarding the protection of fundamental rights to health (through Employee Assistance Programs —EAP—, widely used in the United States of America) and work (through the Spanish regulatory system), there are important gaps that need to be covered. The worrying consumption data reflected show that it is necessary to take concrete action measures, beyond mere declarations of intent, in order to clearly guarantee the protection of both fundamental rights that could lead to a specific solution of this problem, that involves millions of employees and employers in the world.

Keywords: drug addiction, workplace, substances abuse, rehabilitation, prevention, dismissal.

* **Correspondencia a:** Álvaro San Martín Rodríguez. c/ José Abascal 58, 1D, 28003-Madrid (España) – alvarosanmartinrodriguez@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-7742-8035>

Cómo citar: San Martín Rodríguez, Álvaro. (2020). «Aproximación al abuso de sustancias en el lugar de trabajo en los Estados Unidos y en España: comparación de ambos sistemas»; *Lan Harremanak*, 43, 264-277. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21457>).

Recibido: 07 febrero, 2020; aceptado: 02 mayo, 2020.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2020 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

El uso de alcohol y drogas en el lugar de trabajo es un fenómeno complejo, multicausal y multidimensional. Dentro de su diversidad, requiere un enfoque abierto e interdisciplinario. La lacra del consumo de estas sustancias es un problema que afecta no solo a la esfera familiar y personal del individuo, sino también en el lugar de trabajo, generando costos negativos que también afectan a la empresa, como el aumento del absentismo, el riesgo de accidentes, la disminución del rendimiento laboral o el mal ambiente de trabajo, entre otras.

Estos costos se reflejan en pérdidas reales, como lo demostró un estudio de 1997 en el que fue observado que en España el abuso de alcohol causó pérdidas económicas estimadas en casi 4 millones de euros, de las cuales el 64,2% fueron atribuidas a pérdidas por absentismo y reducción de la productividad (Portella, 1998: 59). Diez años después, en 2007, Estados Unidos perdió 193 mil millones de dólares por la disminución de la productividad causada por el abuso de sustancias ilegales en el trabajo, con pérdidas no solo económicas sino también en salud, valoradas en 11 mil millones de dólares (Executive Office of the President, 2011: 2)

El objetivo de este artículo es describir brevemente el escenario en el que se encuentran Estados Unidos y España en el uso de drogas y alcohol en el lugar de trabajo y comparar las formas en que ambos abordan este problema. De esta manera, podrán observarse los distintos puntos de vista desde los cuales ambos países plantean una solución a este conflicto, buscando similitudes y diferencias en ambos sistemas y evaluando cuál es más efectivo.

2. El contexto y la normativa española

Como punto de referencia al observar la situación en España, la fuente más actual y confiable para evaluar el impacto del consumo de sustancias en el lugar de trabajo es la «Encuesta 2013-2014 sobre el uso de sustancias en el lugar de trabajo en España» (Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías, 2015), desarrollada por el Ministerio de Salud, Servicios Sociales e Igualdad (Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas). En ella, se informa sobre la prevalencia del uso de sustancias entre la población trabajadora (empleada o desempleada con trabajadores de 15 a 64 años) y la distribución de los consumidores de acuerdo con diferentes variables sociodemográficas y laborales.

La encuesta recolectó diferentes datos preocupantes: el 11% de la población activa ha bebido alcohol diariamente en los últimos 30 días; el tabaco es, después del alcohol, la droga legal con la mayor proporción de consumidores en-

tre la población activa en 2013 en España con el 34% de los fumadores diarios; en los últimos años en España ha habido una tendencia al alza en el consumo de hipnóticos también presente entre la población activa, habiendo aumentado el porcentaje de personas que han usado estas drogas en el último mes del 5% en 2007 al 7% en 2013 y el cannabis es la droga ilegal más ampliamente utilizada entre la población activa, consumida por el 7% de los trabajadores en el último mes.

En términos de sustancias, la segunda droga ilegal más utilizada después del cannabis, con cierta distancia, es la cocaína (aunque se observa una tendencia ligeramente a la baja desde 2007 —el 2% de la población activa lo ha consumido en los últimos 12 meses—). La prevalencia del consumo en los últimos 12 meses de otras drogas (como anfetaminas, éxtasis, alucinógenos o inhalantes volátiles) es inferior al 1%.

La proporción de consumidores hombres es mayor que la de las mujeres en todas las drogas, excepto para los hipnóticos, donde se observa un predominio femenino (debe tenerse en cuenta cómo, mientras que la tasa en los hombres se estabiliza a partir de los años 90, con las mujeres aumenta, para el consumo de hipnóticos). La edad también influye en el patrón de consumo, ya que los trabajadores menores de 35 años tienen la mayor proporción de riesgo de consumo de alcohol y cannabis, y donde se concentra el porcentaje de consumidores de cocaína. Del mismo modo, el nivel educativo juega un papel importante, siendo aquellos que tienen un nivel educativo más bajo los que presentan las tasas más altas de consumo de todas las drogas legales e ilegales, según el estudio.

Los autores de esta encuesta observaron que, en general, no existen diferencias significativas en el consumo entre empleados y desempleados. A partir de esto, uno podría pensar que la asociación entre el trabajo y el consumo de drogas no es importante; sin embargo, la ocupación anterior puede haber contribuido al consumo de drogas, o algunos sostienen que el desempleo puede ser un elemento de riesgo para el consumo de drogas (Forcier, 1988).

El consumo de drogas, tanto legales como ilegales, entre la población activa es un reflejo de lo que sucede en la población española en general, tanto en la proporción y características de los consumidores como en la evolución histórica. En ambos, las sustancias con mayor prevalencia de consumo son alcohol, tabaco, cannabis y cocaína. Se muestra un aumento en el consumo de alcohol y sedantes hipnóticos en los últimos 12 meses y una disminución en el consumo de cannabis y cocaína durante el período 2007-2013.

La población activa registra un mayor porcentaje de consumo alcohol y tabaco y menos consumo de sedantes e hipnóticos que la población general y, lo que es más significativo, se descubre que, a una edad temprana y antes de comenzar a trabajar, el consumo de riesgo está presente en tasas similares a las de

los trabajadores adultos. También se observa una notable prevalencia de consumo en ciertos sectores [como la construcción, la restauración y el transporte (AA.VV., 1993)] y ciertas categorías profesionales [principalmente las más bajas, a excepción de ciertos medicamentos e hipnóticos sedantes (AA.VV., 1992: 744)], así como una mayor incidencia en unidades productivas pequeñas y medianas que en grandes corporaciones (AA.VV., 2006: 74).

En términos de regulación, el tratamiento de la drogodependencia en España es muy reciente, no así en el caso de la embriaguez, que se ha considerado como una causa de resolución del contrato de trabajo desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1977. En la principal ley laboral española actual —el Estatuto de los Trabajadores, publicado por primera vez en 1980—, el artículo 54.2 f) contiene la siguiente definición: «se consideran incumplimientos contractuales: (...) la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo».

Para aplicar este artículo, la ley exige la presencia de tres requisitos básicos simultáneos: embriaguez o toxicomanía, habitualidad y repercusión negativa en el trabajo. Los tribunales entienden que los requisitos básicos de habitualidad (que no situaciones esporádicas o casuales, sino habituales) y el impacto negativo en el trabajo, requieren su presencia simultánea en el momento en que se produce, además, la afectación de la sustancia sobre el trabajador, y esto no siempre es sencillo. En muchos supuestos, la ausencia de alguno de estos requisitos, por su dificultad probatoria —falta de pruebas biológicas que acrediten la afectación de la sustancia por el trabajador, situaciones puntuales donde no se observa habitualidad o perjuicio de poca entidad sobre los intereses empresariales— ha implicado la calificación del despido como improcedente [STS 29 mayo 1986 (RJ 2748) y SSTSJ Castilla y León/Valladolid 6 noviembre 2000 (JUR 60831/2001), Cataluña 16 abril 2002 (AS 1988), País Vasco 26 abril 2005 (AS 2528)].

Por ello, la dificultad en la acreditación de estos requisitos normalmente lleva a la empresa a sancionar este comportamiento a través de otras conductas penalizadas en el artículo 54.2, tales como: faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad, indisciplina o desobediencia, ofensas verbales o físicas, la transgresión de la buena fe contractual o disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado [SSTSJ Cataluña 21 marzo 2000 (AS 5537) o País Vasco 18 julio 2006 (JUR 100636/2007)].

La experiencia para las empresas en el uso de este artículo no es muy satisfactoria debido a estas dificultades señaladas, que van desde certificar la propia afectación del trabajador de la sustancia hasta acreditar la habitualidad o el efecto negativo en la actividad y también el hecho de que la conducta no sea consecuencia de una enfermedad respecto de la cual el empleado pudiera necesitar ayuda (lo que, incluso, podría suponer responder ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales).

El primer paso es demostrar el hecho de que el trabajador está bajo la influencia de sustancias psicoactivas dentro del ambiente de trabajo y para esto es necesario realizar una prueba médica para verificar en qué cantidad, qué sustancia y cómo afecta la misma sobre el empleado a la hora de trabajar. Para ello, el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, referido al monitoreo de la salud, establece que empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, pudiendo, por tanto, incluir este tipo de pruebas. Sin embargo, el problema reside en que estas pruebas solo pueden ser realizadas cuando el trabajador expresa su consentimiento y solo hay tres excepciones a esta regla: los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo —con amplia casuística para esta excepción (Goñi, 1997)—, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (Fernández Domínguez, 2015: 127).

En cualquier caso, el empleador debe informar a los representantes de los trabajadores sobre el uso de estos medios, utilizar las pruebas menos intrusivas y molestas para el trabajador, respetar siempre la dignidad y la esfera de privacidad del trabajador, garantizar la confidencialidad y custodiar toda la información relacionada con la salud del trabajador (no puede utilizar los datos obtenidos con fines discriminatorios ni en detrimento del trabajador). También se requiere personal médico con competencia técnica, capacitación y capacidad comprobada para realizar las pruebas.

El hecho de que la Ley regule la embriaguez y la toxicomanía como motivos de despido provoca un doble efecto negativo en el sistema legal español: por un lado genera incertidumbre legal, pues los tribunales no han escondido su preferencia hacia sancionar esta conducta a través de otras alternativas legales como la disminución del rendimiento [SSTSJ Murcia 17 junio 1993 (AS 3045), Cataluña 3 abril 1997 (AS 1398)] o la transgresión de la buena fe contractual [SSTSJ Cataluña 19 septiembre 2012 (AS 2942) y Galicia 13 marzo 2013 (AS 1800)]; y por otro obstruye la perspectiva rehabilitadora que debe de proyectar la norma, pues el consumidor habitual puede llegar a ser un enfermo y su conducta no debería ser castigada si no es responsable de sus propios actos [STSJ País Vasco 20 abril 2010 (AS 2043)].

Además, cabe tener en cuenta, como ya ha sido indicado, del doble riesgo que supone la regulación y sanción de esta conducta, pues el consumo excesivo de sustancias puede estar relacionada con la presencia de una enfermedad por parte del empleado [SSTSJ Galicia 10 enero 1991 (AS 26) y Madrid 10 abril 2003 (AS 3086)] y por ello, esto puede no solo puede obstruir su proceso de re-

cuperación, sino que puede suponer una discriminación por causa de la adicción (Johnson, 1985: 702).

Con este escenario en el marco regulatorio español, está claro que el abuso de sustancias en el lugar de trabajo se dirige hacia una perspectiva rehabilitadora y asistencial a los empleados, como es demostrado a través de las iniciativas llevadas a cabo por los gobiernos autonómico mediante los planes de asistencia al empleado en los que la parte laboral es especialmente relevante. El bajo uso del artículo estatutario que castiga este comportamiento debido a sus complejos requisitos y la evidencia emergente de que el consumo podría significar la existencia de una enfermedad en el trabajador, significa que las regulaciones laborales españolas precisan de ser actualizadas de cara a un nuevo enfoque, más avanzado y asistencial hacia el empleado.

3. El contexto y las regulaciones de Estados Unidos

En los Estados Unidos de América, un estudio de la Administración de Servicios de Abuso de Sustancias y Salud Mental en el estado de Washington en 2015 reveló que, de cada diez trabajadores a tiempo completo, al menos uno ha tenido problemas con el abuso de sustancias psicoactivas (Bush, 2015: 1).

Este estudio fue guiado por una muestra de más de 111.500 trabajadores a tiempo completo entre los años 2008 y 2012 y muestra que, en el último año, al menos el 9.5% de ellos han tenido problemas con drogas ilegales (una tasa más alta que la observada casi hace treinta años antes, donde alrededor del 7% de ellos habían tenido estos problemas de consumo). Entre el 9% de los trabajadores de entre 18 y 64 años habían consumido drogas ilegales o bebieron en exceso (cinco o más bebidas al mismo tiempo) en el último mes.

Los niveles generales de consumo y los trastornos por abuso de sustancias se han mantenido en las mismas tasas desde el último estudio realizado por la misma institución en 2007 (AA.VV., 2007), sin embargo, ha habido cambios importantes en ciertos sectores: en el sector de la construcción, las tasas de consumo cayeron significativamente de aproximadamente 17% al 14%; en el sector hotelero y la industria de servicios de alimentos, las tarifas aumentaron de casi el 17% en 2007 a más del 19% para el año 2015; en el sector de la Administración Pública, se observa que solo un 4% había consumido en el último mes, en comparación con las altas tasas de consumo de los empleados del sector de hostelería y hotelería, que se ubica en un 19%. En el sector de la salud, el consumo de alcohol en el último mes se inclinó alrededor de un 4.4%, y en general existe un importante riesgo no solo para el trabajador, sino para el paciente, al ser estimado que uno de cada diez profesionales de la salud caerá en el abuso de alcohol y drogas en algún punto de sus vidas (Skerret, 2012).

Si bien los niveles generales de consumo entre los trabajadores estadounidenses permanecen estables desde la última encuesta nacional registrada, los problemas de abuso de sustancias representan un gran riesgo para la salud, la seguridad y la productividad del empleo en los Estados Unidos, y las regulaciones de este tema dependen la mayoría de las veces en cada estado.

Para los empleados no sindicalizados de empresas privadas en los Estados Unidos [93.3% (US Department of Labour, 2015)], la conducta del abuso de sustancias podría representar un despido discrecional sin previo aviso y sin tomar en cuenta los derechos adquiridos anteriores [esto es lo que se llama en el Estado de Washington «una discreción estatal» o «a state discretion» (AA.VV., 2019: 104)]. Esta doctrina consuetudinaria estadounidense, también llamada empleo «a voluntad» o «at will», es la regla general que impera en las relaciones laborales en todos los estados a excepción de Montana y consiste en la que un empleado puede ser despedido por un empleador por cualquier motivo (es decir, sin tener que establecer una «causa justa» para el despido), y sin previo aviso (Muhl, 2001).

Sobre la base de estos hechos, y sabiendo cuál es la consecuencia inmediata de esta actitud en el lugar de trabajo, tanto empleador como empleados deben concienciarse de que este no es solo un problema corporativo, sino humano y los programas asistenciales (como los Programas de Asistencia al Empleado —PAE— o *Employee Assistance Programs* —PAEs—) podrían ser parte de la solución.

En este sentido, durante varios años los PAE han estado ganando una gran influencia en los Estados Unidos de América, y pueden describirse como herramientas «fundamentadas en el empleo que opera desde la organización del trabajo para identificar a los “trabajadores con problemas”, motivándolos a resolverlos y brindándoles acceso a asesoramiento y tratamiento cuando lo necesiten» (Sonnenstuhl, 1990: 7).

Originado en la década de 1940, y siguiendo el éxito de otros programas como Alcohólicos Anónimos, algunas empresas grandes en los Estados Unidos aplicaron los PAE (incluidos DuPont y Kodak, entre otros) para resolver problemas serios de alcoholismo, especialmente de la población ubicada en barrios conflictivos de grandes ciudades (Ames, 1985: 492). De las 4 a 6 compañías que las habían establecido entre 1940 y 1945 [y después de algunos comienzos vacilantes «en aumento lento pero constante» (Trice, 1981: 186)], en los años 80 había más de 4.400 que aplicaban estos programas (Colantonio, 1989: 13). Principalmente fueron influenciados por Harold Everett Hughes, el senador de Iowa conocido como «Sr. Adicción», que impulsó en 1972 la modificación de la ley que lleva su nombre (la «Ley Hughes» de 1970) y por la cual se creó el Instituto Nacional sobre Abuso de Alcohol y Alcoholismo para incluir expresamente el abuso de drogas en el lugar de trabajo (Steele, 1989: 511). También se publi-

caron las normativas de la Orden ejecutiva 12564 y la Ley de lugares de trabajo libres de drogas en 1988.

A partir de ese momento, a pesar de que los datos variaban significativamente según el tamaño de las empresas (AA.VV., 1996: 804) y los sectores utilizados (Bureau of Labor Statistics, 1989), el camino se guió hacia la generalización de los PAEs. Principalmente a fines de los 90 y principios de siglo, estos programas llegaron a más de 100 millones de estadounidenses en 2002 (Dickman, 2009: 30; AA.VV., 2004); en 2004, al 70% de la fuerza laboral de América del Norte (Society for Human Resources Management, 2006) y en 2008, el 75% de la misma [con una tasa del 52% en las pequeñas empresas, el 76% en las medianas y el 89% en las grandes (Employee Benefits News, 2007)] (Society for Human Resources Management, 2008).

La estructura de los PAE consiste en diferentes etapas donde la figura del supervisor del trabajador toma un papel singular en la medida en que realiza la detección inicial del consumo. El supervisor identifica a los trabajadores con problemas por los resultados negativos en el trabajo y debe documentar los hechos que conducen a la pérdida de productividad (Mangione, 1999: 268). Este agente también debe confrontar al empleado con los datos recopilados y asesorarlo sobre las consecuencias de este comportamiento en el lugar de trabajo, incluida la oferta de tomar el PAE [se considera que este primer diálogo causa un fuerte impacto e influye considerablemente en la elección del empleado del PAE (Schneider, 2000: 60)]. Si se ha detectado el uso de sustancias a través de pruebas de salud o si el comportamiento del propio trabajador representa un peligro real para el propio empleado, para otros colegas o para la actividad, el supervisor invitará al empleado a usar el PAE (Frone, 2012), bajo la advertencia que, de lo contrario, podría haber consecuencias más drásticas en términos de su posición en la empresa.

En la etapa de asesoramiento, el empleado recibe consejos relevantes para eliminar la causa del problema, utilizando tratamiento, supervisión y rehabilitación, incluida la atención a posibles recaídas (Foote, 1992: 246). Por lo general, esta intervención es suficiente y satisfactoria, pero si no lo fuera, el trabajador es enviado desde el PAE a los servicios de salud (Zarkin, 2000: 77), lo que conllevaría ajustes en su relación laboral con la empresa, incluida la suspensión del contrato con derecho de reingreso después de pasar con éxito el tratamiento (EMCDDA, 2012: 112).

La gestión de los PAE, tradicionalmente interna a las empresas (adjunta a los departamentos de recursos humanos, el servicio médico u otra unidad organizativa específica) ha visto cómo el aumento en la cartera de servicios ofrecidos hace que los empleadores externalicen cada vez más estos programas. Lo que comenzó en la década de 1970 como algo extraordinario con la iniciativa llevada a cabo por Human Affaire International y Personnel Performance Consultants

se ha convertido en un negocio rentable al que recurren más del 80% de las empresas [un porcentaje que disminuye al 50% en grandes unidades de producción (AA.VV., 1996)].

Los buenos resultados en productividad, la disminución en los recursos de atención médica y la reducción de costes directos e indirectos, ayudaron a expandir la oferta en servicios de estos programas especialmente en tiempos de expansión económica (Kirk, 2003, 140). Los tratamientos incluyeron una amplia variedad de problemas que también afectan el bienestar personal del empleado y su productividad (Roman, 1981: 244), tales como: problemas de salud física y mental, situaciones conflictivas en el trabajo, conciliación entre la vida personal y laboral, el matrimonio y la familia (Herlihy, 2005) e incluso problemas legales o financieros (Willburn, 2007: 12).

Estos programas, por lo tanto, tienen ahora una perspectiva amplia hasta el punto de desdibujar su propósito original (Grant, 2008: 890) con aspectos no solo individuales sino de la propia organización (AA.VV., 2009: 2), como informar sus problemas a los superiores o consultas de gestión (McGuire, 1993: 19), cambios en la unidad de producción y los problemas de desarrollo de la fuerza laboral (Hyde, 2008: 2), así como ofrecer servicios preventivos y respuesta inmediata a incidentes críticos en los lugares de trabajo (Everly, 2008: 14)

Con todo, y a pesar de que los PAEs «ofrecen más interés que nunca» (Merrick, 2007: 1262), es preciso apreciar que existe una «escasez relativa de estudios sobre estos programas» (Roman, 2002: 50), y específicamente sobre su efectividad (Kurtz, 1984: 33), por lo tanto, no se recomienda combinarlos con otras iniciativas complementarias lejos de su objetivo principal [alcohol, drogas, salud mental (Steel, 1998)], avanzando, de esta manera, hacia estándares de más calidad (Masi, 2005: 157). También es necesario contemplar estándares correctos de privacidad desde los entornos médicos y empresariales (para lo cual es efectiva la Ley de Estadounidenses con Discapacidades —*Americans with Disability Act*—, que brinda cierta cobertura contra la discriminación de aquellos que han tomado los PAEs) y de confidencialidad, lo cual podría ayudar al empleado a inclinarse por la utilización de estos programas (Reynolds, 2003: 240). La falta de regulación específica o estándares unificados con respecto al uso de estas herramientas en el país causa algunas deficiencias que pueden alejarlos de la perspectiva inicial rehabilitadora del problema de abuso de sustancias en el trabajo.

4. Conclusiones

El afrontamiento de esta problemática (no solo en Estados Unidos de América ni en España, si no en cualquier país del mundo) sin duda supone una di-

ficultad que traspasa las fronteras de las leyes e involucra conceptos de derechos fundamentales como el derecho a la salud (en cuanto a que todo aquel que abusa de sustancias puede llegar a ser considerado como un enfermo) y el derecho fundamental del trabajo (en cuanto no perder su trabajo por sufrir esta enfermedad). Estos dos derechos fundamentales son la llave esencial para encontrar la solución a esta lacra no sólo dentro del trabajo sino también fuera de él.

Tanto España como Estados Unidos tienen medidas muy positivas que protegen o bien el derecho a la salud del empleado o bien el derecho al trabajo, pero también tienen carencias que, en síntesis, podría complementar el otro país.

En el caso de España el derecho al trabajo está protegido por una normativa garantista de los derechos sociales con origen en 1980 (Estatuto de los Trabajadores). El artículo 54.2 f) de esta normativa, a pesar de que permite al empresario despedir al trabajador que manifieste esta conducta en la compañía, exige acreditar estrictamente dos requisitos que deben darse de manera simultánea (habitualidad en ese abuso de sustancias y la repercusión negativa al trabajo, además de la prueba del propio consumo por parte del trabajador). La dificultad en la prueba de estos dos requisitos hace que la utilidad de este artículo por parte de ellos empresarios sea muy limitada y que su condición en la empresa por el solo hecho de tener esta enfermedad este más protegida que por ejemplo en Estados Unidos, donde prolifera el llamado empleo «at will» o despido discrecional sin causa. Además, debe ser tenido en cuenta que, como ya ha sido indicado, el consumo excesivo de sustancias puede estar relacionada con la presencia de una enfermedad por parte del empleado y por ello, esta respuesta no solo puede obstruir el proceso de recuperación, sino también puede implicar una causa de discriminación que devenga el nulo el despido.

Por otro lado, en cuanto al derecho a la salud, España no alcanza el nivel de los Estados Unidos, donde si proliferan los llamados PAEs o Programas de Asistencia a los Empleados. A pesar de que hayan sido impulsados criterios para su adaptación en la normativa española (también desde los gobiernos regionales), el abanico de servicios es tan amplio y costoso que desvirtúa la intención inicial [donde en algunas recomendaciones incluso no referencian ni al alcohol ni a las drogas (Solé y Balduque, 2007)] y, más allá de algunas grandes empresas, han sido pocas las que los han implantado (Roman y Blum, 2002). A pesar de que la ley obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14 LPRL) el nexo del consumo de sustancias con el riesgo laboral no está claro, y, por ello, deriva en un complejo desarrollo probatorio que no siempre garantiza esta imposición al empresario (Fernández, 2015: 75).

En Estados Unidos, por el contrario, existe una amplia concienciación de los PAEs, que permiten al empleado concentrarse en proteger su derecho fundamental a la salud a través de elaborados programas que desarrollan principalmente empresas externas y en los que están implicados varios agentes (su-

pervisores, médicos, o responsables de recursos humanos). Sin duda existe en este país una mayor concienciación de los perjuicios que puede suponer en el trabajo un abuso del consumo de sustancias en comparación con España, sin embargo, cómo se ha indicado, el llamado empleo «at will» o despido discrecional (sin causa inexistente en España) supone un retroceso en cuanto a la protección del derecho al trabajo y por ello es una carencia que este país debería de mejorar.

Con todo, y en base a lo recogido de los países analizados, puede decirse que las carencias que tiene uno tiene en cuanto a los derechos fundamentales de la salud y el trabajo pueden ser complementadas con las coberturas que existen en el otro país. En este sentido, en España, a pesar de que el marco normativo precisa una adaptación a la realidad social de esta problemática, el derecho fundamental al trabajo está más protegido que en Estados Unidos con el llamado empleo «at will» o despido discrecional sin causa. Por otro lado, en Estados Unidos el derecho a la salud ha tenido más calado a través de los llamados PAEs, con una concienciación que no ha existido en España (a pesar de que existan empujes desde los gobiernos regionales) y cuya reforma normativa sea, quizás, más urgente que la adaptación del empleo «at will» en Estados Unidos.

5. Bibliografía

- AA.VV. (1992). «Alcoholism and occupations: a review of 104 occupations», *Alcoholism: Clinical and Experimental Research*, Vol. 16, num. 4, 734-746.
- AA.VV. (1993). «Drinking patterns and the gender mix of occupations. Evidence from a National survey of American workers», *Journal of Substance Abuse*, Vol. 5, num. 2, 157-174.
- AA.VV. (1996). «Aiding troubled employees: the prevalence, cost and characteristics of employee assistance programs in the United States», *American Journal of Public Health*, Vol. 86, num. 6, 804-808.
- AA.VV. (2004). «Employee assistance programs in the year 2002», in Manderscheid, Ronald and Henderson, Marilyn (eds.): *Mental health: United States 2002*, Rockville: Center for Mental Health Services
- AA.VV. (2006). *Percepción y actitud de las empresas españolas ante el alcohol y otras drogas*. Available in : http://www.istas.ccoo.es/descargas/Informe_Alcohol_drogas_2006.pdf (consulted: 10-1-2020).
- AA.VV. (2007). *Worker substance use and workplace policies and programs*, Washington: SAMHSA.
- AA.VV. (2009). «Integrated Employee Assistance Program/Managed Behavioral Health Care Benefits: Relationship with Access and Client Characteristics», *Administration and Policy in Mental Health and Mental Health Services Research*, Vol. 36, num. 6, 416-423.
- AA.VV. (2009a). «History and growth of the PAE field», *Easna Research Notes*, Vol. 1, num. 1, 1-4.

- AA.VV. (2019). *Employment Law: Private Ordering and Its Limitations*, New York: Wolters Kluwer.
- AMES, Genevieve (1989). «Alcohol-related movement on drinking policies in the American workplace: an historical overview», *Journal of Drug Issues*, Vol. 14, num. 3, 489-510.
- BACKHANS, Mona; LUDEN, Andreas and HEMMINGSON, Tomas (2012). «Binge drinking. A predictor for or a consequence of unemployment», *Alcoholism: Clinical and Experimental Research*, 36, 1983-1990.
- BUREAU OF LABOR STATISTICS (1989). *Survey of employer anti-drug problems*.
- BUSH, Donna and LIPARI, Rachel (2015). *Substance use and substance use disorder by Industry*, Washington: SAMHSA.
- COLANTONIO, Angela (1989). «Assessing the effects to employee assistance programs: a review of employee assistance program evaluations», *The Yale Journal of Biology and Medicine*, Vol. 62, num. 1, 13-22.
- DICKMAN, Fred and CHALLENGER, Robert (2009). «Employee assistance programs: a historical sketch», in RICHARD, Michael; EMENER, William George and HUTCHINSON, William (eds.), *Employee assistance programs. Wellness/enhancement programming*, Springfield: Charles C. Thomas, 28-31.
- EMCDDA (2012). *Social reintegration and employment: evidence and interventions for drug users in treatment*.
- EMPLOYEE BENEFITS NEWS *Inner working: a report on mental health in today's workplace*, Washington: Employee Benefits News/Partnership for Workplace Mental Health), 2007.
- EVERLY, George and MITCHELL, Jeffrey (2008). *Integrative crisis intervention and disaster mental health*, Elliot City: Chevron, 14-21.
- EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT (2011). *How illicit drug use affect Business and the Economy*, Available in: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ondcp/Fact_Sheets/effects_of_drugs_on_economy_jw_5-24-11_0.pdf (Acceso: 15-1-2020)
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José (2015). *Informe sobre los efectos de consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral en materia preventiva*, Madrid: CEOE.
- FOOTE, Edward. and ERFURT, Jonh (1992). «Effects on PAE follow-up on prevention of relapse among substance abuse clients», *Journal of Studies on Alcohol*, Vol. 52, num. 3, 241-248.
- FORCIER, Michael (1988). «Unemployment and alcohol abuse: a review», *Journal of Occupational Medicine*, Vol. 30, num. 3, 246-255.
- FRONE, Michael and TRINIDAD, Jonathan (2012). «Relation of supervisor social control to employee substance use. Considering the dimensionality of social control, temporal context of substance use, and substance legality», *Journal of Studies on Alcohol and Drugs*, Vol. 73, num. 2, 303-310.
- GOÑI SEIN, José Luis (1997). «El sida y la relación de trabajo», *Relaciones Laborales*, T. II, págs. 678-629.
- GRANT, Adam; DUTTON, Jane and ROSSO, Brent (2008). «Giving commitment: employee support programs and the prosocial sensemaking process», *Academy of Management Journal*, Vol. 51, num. 5, 898-918.
- HERLIHY, Patricia and ATTRIDGE, Mark (2006). «Research on the integration of employee assistance, work-life and wellness services: past, present and future», in HERLIHY, Patricia; ATTRIDGE, Mark and MAIDEN, Paul (eds.), *The integration of employee assistance, work/life and wellness services*, Bringhamton: Haworth Press, 63-93.

- HYDE, Mark (2008). *PAEs as workplace behavior experts. Do you share the dream?* Vancouver: Institute of the Employee Assistance Society of North America, 2-3.
- JOHNSON, Theresa (1985). «Laws prohibiting employment discrimination against the alcoholic and the drug addict», *Labor Law Journal*, Vol. 36, núm. 9, pág. 702-706.
- KIRK, Andrea and BROWN, David (2003). «PAEs: a review of the management of well-being through workplace counselling and consulting», *Australian Psychologist*, Vol. 38, num. 2, 138-143.
- KURTZ, Norman; GOOGINS, Bradley and HOWARD, William (1984). «Measuring the success of occupational alcoholism programs», *Journal of Studies on Alcohol*, Vol. 45, num. 1, 33-45.
- MANGIONE, Thomas (1999). «Employee drinking practices and work performance», *Journal of Studies on Alcohol*, Vol. 60, num. 2, 261-270.
- MASI, Dale (2005). «Employee assistance programs in the new millenium», *International Journal of Emergency Mental Health*, Vol. 7, num. 3, 157-168.
- MCGUIRE, Thomas and RUHM, Christopher (1993). «Workplace drug abuse policy», *Journal of Health Economics*, Vol. 12, num. 1, 19-38.
- MERRICK, Elisabeth (2007). «Revisiting employee assistance programs and substance use problems in the workplace. Key issues and a research agenda», *Psychiatric Services*, Vol. 58, num. 10, 1262.
- MUHL, Charles (2001). «The Employment-At-Will Doctrine: Three Major Exceptions», *Monthly Labor Review*, Vol. 3, núm. 11, 3-11.
- OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS (2015). *Encuesta 2013-2014 sobre consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral en España*.
- PORTELLA, Eduard (1998). *El alcohol y su abuso: impacto socioeconómico*. Madrid: Editorial Médica Panamericana.
- REYNOLDS, Shawn and LEHMAN, Wayne (2003). «Levels of substance use and willingness to use the employee assistance program», *Journal of Behavioral Health Services and Research*, Vol. 30, num. 2, 238-248.
- ROMAN, Paul (1981). «From employee alcoholism to employee assistance: deemphases on prevention and alcohol programs in work-based programs», *Journal of Studies on Alcohol*, Vol. 42, num. 3, 244-272.
- ROMAN, Paul and BLUM, Terry (2002). «The workplace and alcohol problem prevention», *Alcohol Research and Health*, Vol. 26, num. 1, 50.
- SCHNEIDER, Robert J.; CASEY, Judy and KOHN, Rachel (2000). «Motivational versus confrontational interviewing: assessment practices at employee assistance programs», *Journal of Behavioral Health Services and Research*, Vol. 27, num. 1, 60-74.
- SKERRET, Patrick (2012). «Doctors aren't immune to addiction», *Harvard Health Publications*. Available in : <http://www.health.harvard.edu/blog/doctors-arent-immune-to-addiction-201211165538> (consulted: 4-2-2020).
- SOCIETY FOR HUMAN RESOURCES MANAGEMENT (2006). *2004 employee benefits*, Washington: Society for Human Resources Management.
- SOCIETY FOR HUMAN RESOURCES MANAGEMENT (2008). *2008 employee benefits*,
- SOLÉ, María y BALDUQUE, Maite (2007). *NTP 780: El programa de ayuda al empleado (EAP): intervención individual en la prevención de riesgos psicosociales*, Madrid (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo).
- SONNENSTUHL, William and TRICE, Harrison Miller (1990). *Strategies for employee assistance programs: the crucial balance*, New York: Cornell University Press.

- STEEL, Paul (1998). *Employee Assistance Programs: then, now, and in the future*, Tacoma: Center for Substance Abuse Prevention.
- STEELE, Paul (1989). «A history of job-based alcoholism programs (1955-1973)», *Journal of Drug Issues*, Vol. 19, num. 4, 511-532.
- TRICE, Harrison and SCHONBRUNN, Mona (1981). «A history of job-based alcoholism programs (1900-1995)», *Journal of Drug Issues*, Vol. 11, num. 1, 171-198.
- U.S. DEPARTMENT OF LABOR (2005). *Employee benefits in private industry in the United States*. Available in: https://www.bls.gov/news.release/archives/ebs2_08242005.pdf (consulted: 4-2-2020).
- US DEPARTMENT OF LABOUR (2015). *News release: Union Members 2015*. Available in <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf> (acceso: 4-2-2020).
- WILLBURN, Chris (2007). «Helping employees with financial problems», *Journal of Employee Assistance*, Vol. 37, num. 2, 12-13.
- ZARKIN, Gary and BREY, Jeremy (2000). «The effect of employee assistance programs uses on healthcare utilization (I)», *Health Services Research*, Vol. 35, num. 1, 77-100.

Egin-asmo ditugun aztergaiak

44. zk. Langileen Estatutua: aldaketa aukerak
- 45 zk. Desberdintasunak. Giza garapen indizea
46. zk. Unibertsitateko langileen prekarizazioa (irakasleak, AZP...)

Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantzea UPV/EHU-n.
4. zbk.: Enplegu beterantz? Lan-politikak Europan.
5. zbk.: Lan-harremanak garapen bidean. Aldaketak enpleguan eta gizarte-babesean.
- Berezia: Lan osasuna.
6. zbk.: Desindustrializazioa eta birsortze sozioekonomikoa.
7. zbk.: Laneko jazarpen psikologiko edo mobbing-ari buruzko gogoetak eta galderak.
- Berezia: UPV/EHU ko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolak ematen duen Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideari buruzko egungo eztabaiden Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta enpresa.
10. zbk.: Pentsioak.
11. zbk.: Lan merkatua eta ijitoen ingurunea.
12. zbk.: Globalizazioa eta Lan Merkatua.
13. zbk.: Emakumeak eta Lan Merkatua.
- Berezia: Beste Globalizazio baterako tokiko proposamenak. Globalizazio ekonomiko, Eskubi-de Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzukizuna.
15. zbk.: Dependentiaren inguruko eztabaida.
16. zbk.: Malgutasuna *versus* Egonkortasuna.
17. zbk.: Lan harremanetako eta giza baliabideetako ikasketak eta lan-praktikak.
18. zbk.: Lanbidea eta Familia Zaintza.
19. zbk.: Espainiko enpresa transnazionalak eta Korporazioen Erantzukizun Sozialak.
- 20-21. zbk.: Krisiaren eraginak arlo soziolaboralean.
22. zbk.: Gizarteratzea eta enplegu politikak.
23. zbk.: Emakume langileen Laneko Segurtasun eta Osasuna.
24. zbk.: Adina, erretiroa eta lan merkatuan irautea.
25. zbk.: Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio.
26. zbk.: Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan.
27. zbk.: Negoziazio kolektiboa: lehiakortasuna eta soldatak.
28. zbk.: Antolakuntzak erronka globalaren aurrean.
29. zbk.: Gizarte inklusiboa lortzearen erronka. *Sarturen 25. urteurrena*.
30. zbk.: Udal Ekonomiko-Administratibo Auzitegien IX. Topaketa.
31. zbk.: Langile pobrezia.
32. zbk.: Lan-harremanen erronka gizarte ekonomia solidarioaren aurrean.
33. zbk.: Enpresa transnazionalen boterearekiko erresistentzia eta bestelako proposamenak.
34. zbk.: Lan denboraren murrizketa. Langabezia murrizteko proposamena.
35. zbk.: Negoziazio kolektiboa, langileen parte-hartzea eta enpresaren alderdi ekonomikoen eta kontabilitate alderdien sindikatu-kontrola.

- 36. zbk.: Administrazio Publikoetan laneko alderdi juridikoak.
- 37. zbk., Berezia: Hezkuntza Berrikuntza Lan Harreman eta Giza Baliabideen Graduan.
- 38. zbk.: Berdintasun Lege Oorganikoa (X. urteurrena).
- 39. zbk.: Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) mendeurrena
- 40. zbk.: Erretiro pentsioak eta gizarte babesa
- 41. zbk.: Ekonomia kolaboratiboa
- 42. zbk. Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai bezala
- 43. zbk. Enplegua eta gizarteratzearen arteko harremanak: eraldaketak eta etorkizuneko erronkak

Próximos temas previstos

- N.º 44: Estatuto de los trabajadores: perspectivas de cambio
- N.º 45: Desigualdades. Índice de desarrollo humano
- N.º 46: La precarización del empleo en la Universidad (profesorado, PAS...)

Números publicados

- N.º 1: El tiempo de trabajo.
N.º 2: El trabajo en el siglo xxi.
N.º 3: Relación productiva y articulación de la producción.
Especial: Seminario sobre la implantación de la licenciatura en Ciencias del Trabajo en la UPV/EHU.
N.º 4: ¿Hacia el pleno empleo? Políticas de empleo en Europa.
N.º 5: Las relaciones laborales en evolución. Cambios en el empleo y la protección social.
Especial: Salud laboral.
N.º 6: Desindustrialización y regeneración socioeconómica.
N.º 7: Reflexiones y preguntas sobre el acoso psicológico laboral o *mobbing*.
Especial: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU.
N.º 8: Mercado de trabajo e inmigración.
N.º 9: Ética y empresa.
N.º 10: Pensiones.
N.º 11: Mercado de trabajo y mundo gitano.
N.º 12: Globalización y mercado de trabajo.
N.º 13: Mujeres y mercado de trabajo.
Especial: Propuestas locales para otra Globalización. Seminario sobre Globalización Económica, Derechos Sociales y Normas Laborales.
N.º 14: Responsabilidad social empresarial.
N.º 15: El debate sobre la dependencia.
N.º 16: El debate sobre la flexiseguridad.
N.º 17: Los estudios y las prácticas profesionales en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
N.º 18: Empleo y cuidados familiares.
N.º 19: Las empresas transnacionales españolas y la Responsabilidad Social Corporativa.
N.º 20-21: Aspectos sociolaborales de la crisis.
N.º 22: Inclusión social y políticas de empleo.
N.º 23: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras.
N.º 24: Edad, jubilación y permanencia en el mercado de trabajo.
N.º 25: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.
N.º 26: Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis.
N.º 27: Negociación colectiva: competitividad y salarios.
N.º 28: Las organizaciones ante el reto global.
N.º 29: El reto de una sociedad inclusiva. *25 aniversario de Sartu*.
N.º 30: IX Encuentro de Tribunales Económico-Administrativos Municipales.
N.º 31: Pobreza trabajadora.
N.º 32: Las relaciones laborales ante el reto de una economía social y solidaria.
N.º 33: Propuestas y resistencias al poder de las empresas transnacionales.
N.º 34: La reducción del tiempo de trabajo. Una propuesta para reducir el desempleo.
N.º 35: Negociación colectiva, participación de los trabajadores y trabajadoras y control sindical de los aspectos económicos y contables de la empresa.
N.º 36: Aspectos jurídicos-laborales en el marco de las Administraciones Públicas.
N.º 37: Especial: Innovación educativa en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

- N.º 38: Ley Orgánica de Igualdad (X. aniversario).
- N.º 39: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- N.º 40: Pensiones y protección social
- N.º 41: Economía colaborativa
- N.º 42: Trabajo digital y Relaciones Laborales
- N.º 43: Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro

Eraikuntza Hastapenak

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales Euskal Herriko Unibertsitateko Lan Harremanetako Ueren ekimenez sortu zen eta gaur egun Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatearen (Bizkaiaiko Campusa) ardurapean dago. Bere helburuak hauek dira:

1. Lanaren fenomenoaz aztertzea jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrakzio-topagunea sortzea, non administrazio-, gizarte- zein ekonomia-sektore ezberdinak ideia bateragarriak sortu eta elkarrekin aldatzeko aukera izango duten.
3. Ideien bidez enplegua eta gizarte inklusioa hobetzea.

Principios Fundacionales

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales nació por iniciativa de la EU de Relaciones Laborales (UPV/EHU) y actualmente es la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) la encargada de la misma. Los objetivos de la revista son:

1. Estudiar el fenómeno del trabajo desde una perspectiva interdisciplinar.
2. Crear un espacio de encuentro y reflexión donde los distintos sectores económicos, sociales y de la Administración puedan intercambiar y generar ideas convergentes.
3. Contribuir por medio de las ideas a la mejora del empleo y de la inclusión social.

Artikuluak bidaltzeko arauak

Baldintza orokorrak

Artikuluak originalak eta argitaragabeak izan behar dira. Autoreak, bere identifikazio datuekin batera, bere orcid kodea jarri behar du.

Artikuluak gehienez 25 orrialdeko luzera izango dute (Times New Roman, 12, leerroarteko espazio sinplea).

Artikuluaren izenburua idatzitako hizkuntzan eta ingelesez idatziko da. Horrekin batera, artikuluaren laburpena bidaliko da jatorriko hizkuntzan eta ingeles, eta egileak Euskal Autonomia Erkidekoak direnean, euskaraz ere bai. Horren gutxi beherako luzera 150 hitzekoa izango da.

Artikuluak 3 eta 5 arteko hitz gako izango dituzte (gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez), lanaren edukiaren ideia azkarra eman eta haren katalogazioa erraztuko dutenak.

Sumarioa ere aurkeztu behar da. Bertan eta artikuluan zehar, atalak eta azpiatalak zenbaturik azaldu behar dira ((1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Genero berdintasunaren ikuspuntutik, hizkuntza inklusiboa erabiltzea gomendatzen da.

Artikuluen proposamenak Open Journal System (OJS) aplikazioaren bidez jasoko dira, webgune honetan: https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/information/authors

Estiloari buruzko oinarritzko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideiaeren bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larriz idatziko dira eta horien arteko banaketarako ez da punturik erabiliko (EEBB, EE.BB.-ren orde; CCOO, CC.OO.-ren orde; LANE, L.A.N.E.-ren orde).

Kakotxen arteko hizki etzanak hitzez hitzeko adierazpen eta esaldietarako bakarrik erabiliko dira.

Aipamen luzeak, bi lerro baino gehiagokoak arau orokor gisa, kakotxik gabe egongo dira, hizki zuzenean eta testu normala baino gorputz bat baxuago. Goian eta behean bazterrekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburuen izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzetarako, edota hitz edo adierazpenen bat nabarmentzeko erabiliko dira.

Hizki zuzenean eta kakotxen artean, ohiko hizkuntzaren arabera (hitzaren hitzez hitzeko esanahiarekiko aldea adierazteko).

Taulak, laukiak eta irudiak hurrenkerara jarraituz zenbakituko dira, arabiar zenbakiak erabiliz. Idazpuru labur bat izango dute eta testuan haiei aipu egingo zaie (1 taula, 1 laukia, 1 irudia, etab.).

Erreferentzia bibliografikoarentzat formatua

Testuan sartutako erreferentzia bibliografikoak bi eratan aurkeztuko dira, testuinguruaren eta paragrafoaren idazkeraren arabera:

- a) Autorearen izena parentesi artean, urtea eta orrialdearen zenbakia, adibidez, (White, 1987: 43) edo (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Autorearen izena, eta parentesi artean, urtea, adibidez, White (1987) edo Guerin *et al.* (1992).

Erreferentzia bibliografikoak alfabeto hurrenkeraren arabera sartuko dira lanaren amaieran, eta kronologikoki egile beraren lan bat baino gehiago dagoenean. Aldizkarien izenak eta liburuen izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearren, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikulua: Arnull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Liburuak: Villoria, Manuel eta Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madril, Tecnos
- Liburuetao kapituluak: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», Ordóñez, Miguel (arg.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Bartzelona, Gestió 2000, 343-357.

Normas para la entrega de artículos

Condiciones generales

Los artículos deben ser originales e inéditos. Junto con los datos personales cada autor o autora debe proporcionar su código orcid.

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar las 25 páginas (Times New Roman, cuerpo 12 e interlineado sencillo).

Los artículos se acompañarán del título en la lengua original y en inglés y de un *abstract* o resumen en castellano e inglés, además de en euskara cuando los autores o autoras sean de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una extensión aconsejada próxima a las 150 palabras.

Los artículos deberán incluir entre 3 y 5 palabras clave (castellano, euskara e inglés) que proporcionen una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su catalogación.

El artículo debe contener un sumario. Tanto en el sumario como en el texto del artículo, los apartados y subapartados deberán ir numerados (1.; 1.1.; 1.1.1.; a) b)....).

Se recomienda la utilización de lenguaje inclusivo desde la perspectiva de igualdad de género.

Las propuestas de artículos serán recibidas a través del aplicativo Open Journal System (OJS) en la web: https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/information/authors

Normas básicas de estilo

Como principio general, y salvando las excepciones que se comentarán a continuación, el cuerpo del artículo se escribirá íntegramente en texto normal. Por ello, se rechaza la utilización de negritas, subrayados y/o palabras en mayúsculas para resaltar un concepto o idea.

Las siglas y acrónimos se escribirán en letras mayúsculas sin que medien puntos de separación entre las mismas (EEUU en lugar de EE. UU.; CCOO en lugar de CC.OO.; OIT en lugar de O.I.T; etc.).

Las cursivas con comillas se utilizarán exclusivamente para expresiones y frases literales.

Las citas extensas, de más de dos líneas como norma general, irán sin comillas, en letra recta, un cuerpo más bajo que el texto normal, dejando un espacio arriba y abajo y poniendo un espacio en todo el párrafo de tres milímetros hacia el margen.

Las cursivas sin comillas se utilizarán para títulos de periódicos, libros, palabras en idiomas distintos al castellano, que no sean de uso aceptado, o para destacar una palabra o expresión.

Las palabras entre comillas en letra recta, según el uso en el lenguaje cotidiano (para expresar una distancia con el significado literal de la palabra).

Las tablas, cuadros y figuras irán numeradas consecutivamente con caracteres arábigos, llevando un encabezamiento conciso, haciendo referencia a ellas en el texto como (tabla 1, cuadro 1, figura 1, etc.).

Formatos de referencias bibliográficas

Las citas bibliográficas incluidas en el texto se presentarán de dos formas, dependiendo del contexto y de la redacción del párrafo en el que se incluyen:

- a) Indicando entre paréntesis el nombre del primer autor o autora, seguido del año y del número de página, por ejemplo (White, 1987: 43) o (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Indicando el nombre del autor o autora y, entre paréntesis, el año, por ejemplo: White (1987) o Guerin *et al.* (1992).

Las referencias bibliográficas se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. Se podrán indicar links a los documentos citados, indicando a continuación y entre paréntesis la fecha del último acceso. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible, al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

— Artículos en revistas:

Tezanos Tortajada, Jose Félix (1983) «Satisfacción en el trabajo y sociedad industrial: una aproximación al estudio de las actitudes hacia el trabajo de los obreros industriales madrileños», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, 22, 27-52. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/52969.pdf> (Accedido: 4-3-2019)

— Libros:

Villoria, Manuel y Del Pino, Eloísa (1997) *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid: Tecnos.

— Capítulos de libros:

Domínguez, Fernando (1996) «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», en Ordóñez, Miguel (ed.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*. Barcelona: Gestió 2000, 343-357.

Consultar directrices para autores en:

https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/about/submissions#authorGuidelines