

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

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

44

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SEGURIDAD
Y SALUD EN EL TRABAJO

NEGOZIAZIO KOLEKTIBOA ETA LAN OSASUNA
ETA SEGURTASUNA

2020



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

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



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

Indexada en:

CARHUS PLUS

CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)

DIALNET

DIALNET MÉTRICAS

DICE (Difusión y Calidad Editorial)

DULCINEA

ERIHPLUS

IN-RECJ (Índice de impacto - revistas españolas en ciencias jurídicas)

IN-RECS (Índice de impacto - revistas españolas en ciencias sociales)

INDICE H DE LAS REVISTAS CIENTÍFICAS EN GOOGLE SCHOLAR METRICS 2014-2018

INDICE H5 DE GOOGLE SCHOLAR METRICS

INDICES-CSIC

LATINDEX

MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)

REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico)

RESH (Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas)

SHERPA-ROMEO

ULRICHSWEB

VLEX

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

ISSN: 1575-7048

e-ISSN: 2444-5819

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

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

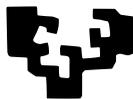
Harremanak

44

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SEGURIDAD
Y SALUD EN EL TRABAJO

NEGOZIAZIO KOLEKTIBOA ETA LAN OSASUNA
ETA SEGURTASUNA

erman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CONSEJO EDITORIAL:

Directora: ENEA ISPIZUA DORNA,
Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social. Euskal
Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

Vocal: KEPA XABIER APELLANIZ VALLE,
Facultad de Economía y Empresa.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: FRANCISCO JAVIER CERRATO ALLENDE,
Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social.
Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: ANA DOMÍNGUEZ MORALES,
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla, España

Vocal: ELISABETE 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: 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), España

Vocal: AINHOA FERNANDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.
Universidad Autónoma de Madrid
(Departamento de Sociología), España

Vocal: AMAIA INZA BARTOLOME,
Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: JON LAS HERAS CUENCA,

Vocal: LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,
Universidad Nord, Noruega

Vocal: MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ,
Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
(UPV/EHU), España

Vocal: AINHOA SAITUA-IRIBAR,
Facultad de Economía y Empresa.
Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Vocal: SIMONA SOBOTOVICOVA,
Doctora en Derecho por UPV/EHU y UPPA. Investigadora

Vocal: MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco., España

Vocal: EGUZKI URTEAGA,
Profesor de Sociología en la Facultad de Relaciones
Laborales y Trabajo Social de la Universidad del País Vasco
(UPV/EHU)

Vocal: JON BERNAT ZUBIRI REY,
Facultad de Economía y Empresa.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

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

ARGITALPEN BATZORDEA:

Zuzendaria: ENEA ISPIZUA DORNA,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea

Kidea: KEPA XABIER APELLANIZ VALLE,
UPV/EHUko Ekonomia eta Enpresa
Fakultateko irakaslea

Kidea: FRANCISCO JAVIER CERRATO ALLENDE,
UPV/EHUko Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea

Kidea: ANA DOMINGUEZ MORALES,
Sevilla Unibertsitateko Zuzenbide Fakultateko irakaslea

Kidea: ELIXABETE ERRANDONEA ULAZIA, UPV/EHUko
Lan Harreman eta Gizarte Langintza
Fakultateko irakaslea

Kidea: ÁNGEL ELÍAS ORTEGA,
UPV/EHUko Lan Harreman
eta Gizarte Langintza Fakultateko
irakaslea

Kidea: AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,
UPV/EHUko Zuzenbide Fakultatea

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

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

Kidea: JON LAS HERAS CUENCA,
(gaztelerazko bertsiotan falta da ere) [https://ojs.ehu.eus/
index.php/Lan_Harremanak/about/editorialTeam](https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/about/editorialTeam)

Kidea: LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,
Nord Universitet, Norvegia

Kidea: MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ,
UPV/EHUko Gizarte eta Komunikazio
Zientzien Fakultatea

Kidea: AINHOA SAITUA IIRIBAR
UPV/EHUko Lan Harreman eta
Gizarte Langintza Fakultateko irakaslea
(Bizkaiko Campusa)

Kidea: SIMONA SOBOTOVICOVA,
UPV/EHU eta UPPAko doktorea

Kidea: MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,
UPV/EHUko Zuzenbide Fakultateko irakaslea

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

Kidea: JON BERNAT ZUBIRI REY,
UPV/EHUko Ekonomia eta Enpresa
Fakultateko irakaslea

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, 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

LORENZO GAETA, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Siena (Italia)

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

PHILIPPE MARTIN, directeur de recherche au CNRS - HDR de Burdeos

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

RAFAEL PUNTONET DEL RÍO, experto del Consejo Económico y Social Vasco

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

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

GIANCARLO RICCI, catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Catania (Italia)

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

LORENZO GAETA, Siena Unibertsitateko Lan Zuzenbideko katedraduna

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

PHILIPPE MARTIN, Burdeos-ko CNRS-HDR-ko Zuzendaria

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

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

RAFAEL PUNTONET DEL RÍO,

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuko irakasle titularra

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

GIANCARLO RICCI, Italiako Catania Unibertsitateko Lan Zuzenbideko katedraduna

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

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

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL,
Euskadiko Lan Elkartearen Taldeko Komunikazio
arduraduna

NEKANE SAN MIGUEL,
Bizkaiko Probintzia Auzitegiko magistratua

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 / Aurkezpena	9
--	---

Sección monográfica / Atal monografikoa

<i>Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y Covid-19</i> Raquel Poquet Catala	15
<i>El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas</i> Francisco Trujillo Pons.	39
<i>La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital</i> M. ^a Belén Fernández Collados	56
<i>La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones</i> Concepción Sanz Sáez	79
<i>La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección</i> José Eduardo López Ahumada	103
<i>Los tiempos de disponibilidad, su cómputo como de trabajo efectivo y su regulación en la negociación colectiva</i> Julen Llorens Espada	135
<i>El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador</i> Olaya Martín Rodríguez.	164
<i>El modelo de derecho de participación, la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y sus vías de reparación: la cultura de la participación y la cultura de la prevención en clave de responsabilidad</i> Pompeyo Gabriel Ortega Lozano	184

<i>La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad</i> Alfonso Ríos Velada	218
<i>Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales</i> Francisco Javier Arrieta Idiakez	238
<i>Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género</i> Nereida Castro Trancón	278
<i>Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: un análisis desde la negociación colectiva</i> Matthieu Chabannes	309

Sección abierta / Atal irekia

<i>La formación profesional en el empleo doméstico: análisis del estado de la cuestión</i> Carmen Grau Pineda	358
<i>La actividad productiva de los animales. Su papel fundamental para el trabajo de algunas personas trabajadoras</i> Patricia Prieto Padín	379

PRESENTACIÓN

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 (LPRL) despliega el mandato constitucional de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo. Todo ello en consonancia con las directivas europeas sobre seguridad y salud en el trabajo, la protección de la maternidad y de las relaciones de trabajo temporales, así como con los propios compromisos contraídos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de Trabajo.

Por otra parte, la Constitución también garantiza el derecho de los/las trabajadores/as a la negociación colectiva laboral entre sus representantes y el empresario, constituyendo ésta una de las vías fundamentales de desarrollo y aplicación de la LPRL a la gestión real de la seguridad y salud en el trabajo respetando la autonomía colectiva.

Cuando la ley ya ha cumplido 25 años desde que entró en vigor, parece necesario reflexionar y hacer un balance sobre el grado en que sus principios generales han sido y son complementados por vía de la negociación colectiva, facilitando la regulación de las actividades preventivas concretas y de medidas de seguridad frente a los riesgos específicos en empresas y lugares de trabajo.

Así mismo, parece urgente tratar de responder a las preguntas que surgen en torno al papel de los convenios colectivos en cuanto a la adaptación de la normativa general de prevención en la especificación y concreción a unidades productivas y circunstancias de trabajo concretas. Procede hacerlo dado el estancamiento, cuando no el progresivo aumento, de la accidentabilidad y el empeoramiento de las condiciones de trabajo, así como su falta de adaptación a una perspectiva de género y a los riesgos emergentes que plantean la desregulación de las relaciones laborales y la transformación digital del trabajo dentro de una economía globalizada en la era de la industria 4.0.

Hemos querido que el número 44 de *LAN HARREMANAK* —*Revista de Relaciones Laborales*— constituya una oportunidad para reflexionar sobre el papel que ha desempeñado la negociación colectiva en materia de salud laboral y prevención. Así, en esta sección monográfica, recogemos el fruto del trabajo de varios/as autores/as que han realizado interesantes aportaciones sobre esta cuestión. En primer lugar, presentamos el artículo *Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y Covid-19* de la profesora Raquel Poquet Catala. Le sigue el artículo titulado *El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas* del profesor Francisco Trujillo Pons. A continuación, presentamos el artículo *La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital* de la profesora María Belén Fernández Collados. En cuarto lugar, el artículo denominado *Especial consideración de las disposiciones de Seguridad e higiene en el trabajo aplicables al sector del Trabajo Doméstico* de la profesora Concepción Sanz Sáez. Le sigue el texto bajo el nombre *La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección* del profesor José Eduardo López Ahumada. Posteriormente, el artículo *Los tiempos de disponibilidad, su cómputo como de trabajo efectivo y su regulación en la negociación colectiva* del profesor Julen Llorens Espada. La profesora Olaya Martín Rodríguez estudia a continuación *El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*. Seguidamente, el artículo *El modelo de derecho de participación, la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y sus vías de reparación: la cultura de la participación y la cultura de la prevención en clave de responsabilidad* de Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. Le sigue el artículo *La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad* de Alfonso Ríos Velada. Tras este artículo presentamos el texto llamado *Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales* del profesor Francisco Javier Arrieta Idiakez. A continuación, se encuentra el artículo de Nereida Castro Trancón denominado *Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género*. Por último, encontramos el artículo *Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: un análisis desde la negociación colectiva* de Matthieu Chabannes. Se trata en todo caso, de cuestiones de indudable interés para todos aquellos que quieran profundizar en el tema.

En la sección abierta presentamos dos artículos: por un lado, se aborda la formación profesional de un colectivo concreto. Así, presentamos el artículo denominado *La formación profesional en el empleo doméstico: análisis del estado de la cuestión* de la profesora Carmen Grau Pineda. Y seguidamente se presenta el artículo llamado *La actividad productiva de los animales. Su papel fundamental para el trabajo de algunas personas trabajadoras* de Patricia Prieto Padín.

Desde el número 41 (inclusive) *LAN HARREMANAK* cuenta con *peer review* externa, y así ha sido también en el número actual, en el que han participado 32 evaluadoras y evaluadores externos a la revista y también a la Facultad

de Relaciones Laborales y Trabajo Social de la UPV/EHU que edita la revista. Queremos agradecer especialmente la labor que han realizado estas académicas y académicos que contribuyen en gran medida a la calidad final de los artículos publicados, y de esta forma, a mejorar la reflexión sobre las relaciones laborales. Siguiendo la política de la revista, la publicación de cada artículo sólo se materializa con el visto bueno de la mayoría de las personas que han evaluado, con un mínimo de dos evaluaciones positivas.

En nombre del Consejo Editorial de LAN HARREMANAK-Revista de Relaciones Laborales, les deseamos unas felices fiestas y un próspero año 2021.

Ana Dominguez Morales, Elisabete Errandonea Ulazia,
Ainhoa Fernández García de la Yedra y Simona Sobotovicova
Editoras

Enea Ispizua Dorna
La Directora

AURKEZPENA

31/1995 Legeak, Laneko Arriskuen Prebentzioari buruzkoak, langileen osasuna babesteko politika garatzeko agindu konstituzionala hedatzen du, haien lanetik eratorritako arriskuen prebentzioaren bidez, laneko segurtasunari eta osasunari buruzko Europako zuzentarauekin, amatasunaren babesarekin eta aldi baterako lan-harremanekin bat etorriz, bai eta 155. hitzarmena, Langileen segurtasuna eta osasuna eta ingurumena.

Bestalde, Konstituzioak langileek beren ordezkarien eta enpresaburuen artean lan-negoiazio kolektiborako duten eskubidea ere bermatzen du, eta hori da Prebentzioari buruzko Legea garatzeko eta aplikatzeko funtsezko bideetako bat laneko segurtasunaren eta osasunaren benetako kudeaketari dagokionez, betiere autonomia kolektiboaren errespetatuz. Lege hau sortu zenetik 25 urte igaro direnean, badirudi beharrezkoa dela hausnartzea eta balantze bat egitea, negoziazio kolektiboaren bidez printzipio orokorrak zenbateraino osatu diren eta zenbateraino osatzen diren jakiteko, prebentzio-jarduera zehatzak eta segurtasun-neurriak arautzea erraztuz, enpresa eta lantokietako arrisku espezifikoaren aurrean.

Era berean, premiazkoa dirudi hitzarmen kolektiboek prebentzioari buruzko araudi orokorra ekoizpen-unitate eta lan-egoera zehatzetara egokitzeari dagokionez duten eginkizunari buruz sortzen diren galderei erantzutea; izan ere, istriputasia gero eta handiagoa da, lan-baldintzak okertzen ari dira, eta ez dira egokitzen genero-ikuspegira eta sortzen ari diren arriskueta, eta hori dena lan-harremanen desarautzeak eta lanaren eraldaketa digitalak planteatzen duten industria 4.0aren aroan globalizatutako ekonomian.

LAN HARREMANAK Aldizkariaren 44.zenbakian lan osasunaren eta prebentzio gaitetan negoziazio kolektiboak izan duen paperaz hausnarketa egitea nahi genuen. Honen ondorioz, ondorengo egileen lanak aurkeztu nahi dizkizuegu. Lehenengo, *Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y Covid-19* artikulua duzue Raquel Poquet Catala irakaslearena. Bigarrenik, *El ejercicio*

del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas dugu, Francisco Trujillo Pons irakaslearena. Hirugarrenik, *La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital* izeneko artikulua dugu, Maria Belén Fernández Collados irakaslearena. Laugarrenik, *Especial consideración de las disposiciones de Seguridad e higiene en el trabajo aplicables al sector del Trabajo Doméstico* aurkezten dizuegu, Concepción Sanz Sáez irakaslearena. Bosgarrenik, *La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección* artikulua, José Eduardo López Ahumada irakaslearena. Seigarrenik, *Los tiempos de disponibilidad, su cómputo como de trabajo efectivo y su regulación en la negociación colectiva* dugu, Julen Llorens Espada irakaslearena. Zazpigarrenik, *El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador* artikulua, Olaya Martín Rodríguez irakaslearena. Zortzigarrenik, *El modelo de derecho de participación, la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y sus vías de reparación: la cultura de la participación y la cultura de la prevención en clave de responsabilidad*, Pompeyo Gabriel Ortega Lozano-rena. Bederatzigarren artikulua *La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad* da, Alfonso Ríos Velada-rena. Hamargarren tokian, *Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales* testua aurkezten dugu, Francisco Javier Arrieta Idiazkez irakaslearena. Hamaikagarren, Nereida Castro Trancón-en artikkulua dugu *Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género* izenekoa. Azkenik, *Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: un análisis desde la negociación colectiva* artikulua aurkezten dizuegu. Guztiak dira, zalantzarik gabe, interes handiko lanak gaian sakondu nahi duen edonorentzat.

Atal irekian, bi artikulua aurki ditzakezue: batetik, langile talde jakin bati buruzko lan-hezkuntzaz diharduen artikulua dugu. Ildo horretatik, *La formación profesional en el empleo doméstico: análisis del estado de la cuestión* artikulua aurkezten dizuegu, Carmen Grau Pineda irakaslearena. Eta bestetik, Patricia Pietro Padín-ek aurkeztutako *La actividad productiva de los animales. Su papel fundamental para el trabajo de algunas personas trabajadoras* artikulua.

41.zenbakitik aurrera (barne) LAN HARREMANAK aldizkariak kanpoko *peer review* (ebaluatzaileak) erabiltzen ditu eta horrela izan da oraingo zenbakian ere, aldizkariak eta aldizkaria argitaratzen duen EHU/UPVko Lan Harremanen eta Gizarte Langintzaren Fakultateaz kanpoko 32 ebaluatzailek parte hartu baitute. Bereziki eskertu nahi dugu akademiko eta jakitun horien lana, neurri handi batean laguntzen baitigute argitaratzen ditugun artikuluen kalitate jasoa lortzen eta, horrela, lan-harremanei buruzko gogoeta hobetzen. Ezarritako aldizkariaren politikei jarraituz, artikulua bakoitzaren argitalpena ebaluatu

duten pertsona gehienen oniritziarekin baino ez da gauzatzen, bi ebaluazio positiborekin.

LAN HARREMANAK aldizkariaren Kontseilu editorialaren izenean, jai zoriontsuak eta 2021.urte oparoa opa dizkizuegu.

Ana Dominguez Morales, Elisabete Errandonea Ulazia,
Ainhoa Fernández García de la Yedra eta Simona Sobotovicova
Editoreak

Enea Ispizua Dorna
Zuzendaria

VIGILANCIA DE LA SALUD, DERECHO A LA INTIMIDAD Y COVID-19

Health surveillance, right to privacy and covid-19

RAQUEL POQUET CATALA*

Universidad de Valencia, España

RESUMEN

En este trabajo se plantea, a la luz de la situación que estamos viviendo con la pandemia declarada por la OMS el pasado 11 de marzo de 2020, ocasionada por el COVID-19, una serie de aspectos relacionados con la vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad de la persona trabajadora. Concretamente, se trata de ver cuál es la capacidad de las empresas para obligar a las personas trabajadoras a someterse a un reconocimiento médico con el fin de determinar su estado de salud en relación con el COVID-19, o la posibilidad de que las empresas lleven a cabo prácticas consistentes en realizar un reconocimiento médico con carácter previo a la contratación, o solicitar a las personas candidatas a un puesto de trabajo información sobre si han pasado el COVID-19.

Palabras clave: vigilancia de la salud, reconocimiento médico, COVID-19, intimidad, datos de carácter personal.

ABSTRACT

In this work it is analyzed, in light of the situation we are experiencing with the pandemic declared by the WHO on March 11th 2020, caused by COVID-19, a series of aspects related to health surveillance and right to privacy of the worker. Specifically, it is studied if the companies can compel workers to undergo a medical examination in order to determine their health status in relation to COVID-19, or the possibility that companies carry out practices consisting of doing a medical examination prior to hiring, or requesting candidates for a job information on whether they have passed COVID-19.

Keywords: health surveillance, medical examination, COVID-19, privacy, personal data.

* **Correspondencia a:** Raquel Poquet Catala. Passeig De Les Germanies, 104, 5-9, 46702, Gandia, (Valencia), España. – raquel.poquet@uv.es – <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

Cómo citar: Poquet Catala, Raquel. (2020). «Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y Covid-19»; *Lan Harremanak*, 44, 15-38. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21901>).

Recibido: 07 julio, 2020; aceptado: 04 noviembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Como es sabido, el art. 22 LPRL establece la obligación de la empresa de garantizar la salud de las personas trabajadoras a su servicio, estableciendo una vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Tanto al inicio como durante la prestación de servicios la persona trabajadora tiene reconocido el derecho a la vigilancia de la salud, que es concreción del genérico derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo que les reconoce el art. 14 LPRL, lo que hace surgir el correlativo deber empresarial en virtud de la deuda de seguridad que tiene contraída con aquéllos. En este sentido, y haciendo trasposición de lo dispuesto en el art. 14 Directiva Marco 1989/391, la LPRL, en su art. 22, se expresa en los términos siguientes: «El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo».

Por otro lado, con la situación ocasionada con la crisis sanitaria con motivo de la pandemia por el COVID-19 declarada por la OMS el pasado 11 de marzo de 2020, el estado de salud se ha vuelto en un elemento clave en todo ámbito y, especialmente, en el laboral.

En este sentido, y teniendo presente que no es el derecho a la vida y a la integridad física el único derecho afectado y a preservar en el momento de hacer un tratamiento de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras, sino que existen otros derechos fundamentales como es el caso de la dignidad, la libertad e intimidad de la persona o la no discriminación, quedan por definir unas zonas grises importantes. De ahí que en la Exposición de Motivos de la LPRL se subraye que en la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras se prestará especial «atención a la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad en el tratamiento de estas actuaciones»; el art. 22.2 de la misma Ley se refiere a que la vigilancia y control de la salud de los trabajadores encuentra un límite en el respeto al derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda información relacionada con su estado de salud». Es más, la puesta en práctica del control de la salud del trabajador, es decir, los datos personales sanitarios podrían ser utilizados en su perjuicio o con fines discriminatorios, razón por la cual se impone la prohibición de tal uso y se trata de garantizar la confidencialidad de toda información relacionada con su estado de salud (art. 22.4 LPRL). De hecho, el TC¹ ha declarado que el art. 18.1 CE dispensa una protección que alcanza a la intimidad corporal y que ésta forma parte del derecho a la intimidad personal.

¹ Entre otras, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 234/1997, de 18 de diciembre; y 196/2004, de 15 de noviembre.

Podemos sintetizar los siguientes puntos de fricción entre la dignidad e intimidad de la persona trabajadora y los reconocimientos médicos. Por un lado, cuando dichos reconocimientos carezcan de finalidad preventiva, obedeciendo a otros propósitos empresariales, sean o no lícitos, que queden enmascarados por una apariencia de legitimidad y bajo su poder de dirección. Y, por otro lado, cuando, aun teniendo finalidad preventiva, la realización de dichos reconocimientos produzca un menoscabo injustificado en la intimidad y dignidad del trabajador, como es el caso del sometimiento a los reconocimientos médicos en los supuestos obligatorios para el trabajador, o cuando las pruebas clínicas practicadas no resulten proporcionadas o mediante las mismas se obtengan datos innecesarios sobre la persona del trabajador o su vida privada, o incluso cuando los datos o informaciones obtenidas como consecuencia de los reconocimientos médicos sean utilizados de manera indebida y/o sin respetar la confidencialidad de los mismos.

En este sentido se han planteado diversos conflictos con relación a la vigilancia de la salud y la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Así, se ha cuestionado si las empresas pueden obligar a las personas trabajadoras a someterse a un reconocimiento médico con tal fin; si pueden obligar a las personas trabajadoras a someterse a un reconocimiento médico previo con el fin de detectar una posible inmunidad frente a la citada enfermedad; o si las empresas pueden solicitar a las personas candidatas a un puesto de trabajo información sobre si han pasado el COVID-19.

2. Covid-19 y obligatoriedad del reconocimiento médico

Tal y como se desprende del art. 22 LPRL, la voluntariedad es la regla general en la realización de los reconocimientos médicos por parte de las personas trabajadoras, siendo únicamente obligatorios en tres supuestos excepcionales, pero de cuya literalidad normativa se desprenden diversas dudas. En este sentido, y en relación con la situación de crisis sanitaria ocasionada por el virus SARS-COV-2, se ha planteado si la empresa puede obligar a un trabajador a someterse a un reconocimiento médico.

En principio debe entenderse que, tal y como indica el art. 22.1 LPRL, la vigilancia sólo podrá llevarse a cabo «cuando el trabajador preste su consentimiento», de tal forma que la persona trabajadora es libre para decidir someterse o no a los controles médicos. En otras palabras, la regulación legal significa, en principio, que la empresa debe proponer los reconocimientos médicos, pudiendo la persona trabajadora aceptar o rehusar su práctica². No obstante, como

² STS de 28 de noviembre de 2006, rec. núm. 140/2005.

a continuación se analizará, las excepciones a la voluntariedad por parte de la persona trabajadora son de tal amplitud, que desde un primer momento la doctrina científica se cuestionó hasta qué punto la voluntariedad constituye la regla y la obligatoriedad la excepción (Blasco Pellicer, 1999:107). Así, el TC³ ha rechazado una utilización extensiva de estas habilitaciones legales y, por ende, que las situaciones excepcionales se hagan mayoritarias, pues se desfigura la regla ordinaria de libertad de decisión de la persona trabajadora cuando se den determinadas notas, como la proporcionalidad del riesgo, la inexistencia de las opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos individuales, la indispensabilidad de las pruebas, por acreditarse ad cassum la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado, y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable, descrita en los supuestos del art. 22.1.2 LPRL. Los límites legales quedan vinculados, o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de las personas trabajadoras o terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro objetivable, pues aquél es libre de disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión. De hecho, nuestro alto tribunal⁴ tiene declarado que la interpretación del alcance que poseen las tres excepciones a la regla de la voluntariedad no puede prescindir de los criterios sentados por el TC.

Estos criterios se resumen en los siguientes: 1. La determinación de una vigilancia periódica del estado de salud de las personas trabajadoras en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral. 2. La voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos. 3. La existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto. 4. El principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo. 5. El necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud. 6. El derecho de la persona trabajadora a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador. 7. La prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador. 8. La posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órga-

³ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

⁴ STS de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014.

nos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva (García-Perrote Escartín, Mercader Uguina, 2017).

Ello supone pues que:

el derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede así ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero y el de la empresa a conocer la existencia de enfermedades capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo, circunstancia en virtud de la cual se establecen tres excepciones a la regla general de voluntariedad⁵.

2.1. Primera excepción

El primer supuesto en que el reconocimiento médico viene establecido con carácter obligatorio se refiere a aquellos casos en que «sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores». La obligatoriedad está suficientemente fundada, pues sólo conociendo cómo inciden las distintas condiciones de trabajo, la empresa puede cumplir con los distintos deberes que sobre él hace recaer la ley (Sala Franco, Arnau Navarro, 1996: 23), pero que, si se tiene en cuenta que el principal propósito de la vigilancia de la salud es comprender mejor el impacto que el trabajo tiene sobre la salud de las personas trabajadoras, puede provocar la tentación de considerar que todo reconocimiento es imprescindible. Por ello, esta causa tiene que entenderse, necesariamente, en sentido restrictivo, sólo cuando sea inevitable, esto es, cuando no haya otro procedimiento alternativo para evaluar los riesgos que afecten la salud del trabajador (García Blasco, González Labrada, 1998: 211). Si lo hay, habrá que utilizarlo antes que el reconocimiento (Cavas Martínez, 2004). Una exigencia que no es sino la traslación al ámbito de la vigilancia de la salud de la doctrina del TC sobre el juicio de proporcionalidad y de justificación de la medida, de manera que no basta con la afirmación del interés empresarial, sino que tales exigencias organizativas deberán venir especialmente cualificadas por razones de necesidad siendo preciso acreditar que la restricción del derecho de la persona trabajadora es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial⁶.

De hecho, un sector doctrinal (Goñi Sein, 1999: 69) pone el acento en la excesiva regulación que hace el legislador, cuando en la actualidad la mayoría de las patologías laborales son genéricas e inespecíficas, y reciben tratamiento epi-

⁵ STS de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014.

⁶ SSTC 99/1994, de 11 de abril; 136/1996, de 23 de julio.

demiológico adecuado, determinándose el origen, la frecuencia y distribución de los problemas de salud, de manera que en este supuesto no estaría justificado el recurso al interés colectivo sobre el interés individual del trabajador. Se señala que, tal vez, la única causa que justifique los reconocimientos médicos para evaluar los efectos sobre la salud de la persona trabajadora de las condiciones de trabajo sea identificar patologías o condiciones de salud incompatibles con el trabajo.

Por su parte, la doctrina judicial considera que el término «imprescindible» conlleva que no basta la mera conveniencia y que el reconocimiento debe ser inevitable, es decir, que no haya otro procedimiento alternativo para evaluar los riesgos que afectan a la salud del trabajador, de tal forma que cuando una empresa decide someter a todas las personas trabajadoras que se reincorporan tras una baja laboral prolongada a reconocimiento médico, si no existen datos probados concretos de significado contrario, no hay

razón específica para calificarla de imprescindible, ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral en condiciones que le permiten afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos-psíquicos del puesto de trabajo⁷.

En esta primera excepción no encajaría la obligatoriedad de llevar a cabo el reconocimiento médico a las personas trabajadoras para detectar la sintomatología compatible con COVID-19, pues en esta salvedad se pretende comprobar cómo el trabajo afecta a la salud de la persona trabajadora, y lo que se trata es más bien de evitar que la persona trabajadora que esté infectada pueda contagiar a otras personas trabajadoras, e incluso terceras personas.

2.2. Segunda excepción

El segundo supuesto a la regla general de la voluntariedad viene establecido para aquellos casos en que sea necesario «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 se observa, cabe diferenciar, por un lado, la obligación como manifestación de la protección de la persona individualmente considerada, y, por otro lado, la derivada de la consideración de la prevención como control de los riesgos en el trabajo, en la medida en que la persona trabajadora constituye el «riesgo». Es decir, en la medida en que se considera el estado biológico de la persona trabajadora un riesgo para la salud pública se le impone obligatoriamente el sometimiento a los reconocimientos médicos que sean precisos (Martínez Fons, 2003: 54).

⁷ STSJ Asturias, de 9 de noviembre de 2007, rec. núm. 2651/2007.

Por un lado, esto es, cuando se pretende asegurar la tutela de la persona trabajadora frente a los riesgos que puedan derivar de su estado de salud, las medidas de vigilancia parecen referirse al estado de salud en relación con el desarrollo de la prestación, las condiciones ambientales o de organización que pudieran afectar a la persona trabajadora. Esta previsión debe ponerse en relación con los supuestos comprendidos en el art. 25.1 LPRL, esto es, las personas trabajadoras que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida puedan ellos, las demás personas trabajadoras u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro. Ambas previsiones están inspiradas en la existencia de un riesgo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto, por lo que la potencial afectación a la intimidad de la persona trabajadora, de tener que someterse conforme a la Ley, en su caso, a pruebas y controles médicos como condición para el acceso o el mantenimiento del puesto de trabajo, sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo. Es así que la doctrina judicial⁸ ha considerado que puede concurrir tal circunstancia de riesgo cuando en razón de las máquinas que maneja la persona trabajadora su estado de salud constituye un riesgo para el resto de personas trabajadoras. De otro modo, esta excepción carecería de autonomía propia hasta constituirse en una reiteración del primer supuesto excepcional. Se constituye así en una medida de tutela especial de las personas trabajadoras cuyo estado de salud puede resultar un riesgo cierto en la realización de la prestación de trabajo e instrumento cualificado de la tutela de las personas trabajadoras sensibles en la definición del art. 25 LPRL. Es de conformidad con ello que debe ser interpretada la alusión al «peligro» que represente el estado de salud para la persona trabajadora, de manera que la obligatoriedad únicamente estará justificada en aquellos casos en los que el eventual riesgo presente, en función de la actividad que desarrolla la persona trabajadora, realidad y entidad suficiente para considerar necesaria la adopción de medidas preventivas o de protección, entre las cuales se halla el cambio de puesto de trabajo (Lousada Arochena, 1997: 559).

De esta forma, puede diferenciarse entre ambos supuestos un distinto fundamento y naturaleza. Así, cuando la salud implica un riesgo para la salud de las personas trabajadoras la medida de reconocimiento médico no es sino expresión del deber de protección que recae sobre la empresa, con la única especialidad que en tal caso el riesgo no proviene de factores inherentes a la actividad de producción de la empresa, sino de alguno o algunos de las personas trabajadoras, mientras que cuando la persona trabajadora comporta un riesgo para terceros nos hallamos ante la imposición de una obligación de carácter público en defensa de la salud pública.

⁸ STSJ Castilla y León, de 3 de diciembre de 1996, rec. núm. 1111/1996.

Por ello, la obligatoriedad de medidas de vigilancia de la salud sobre la persona cuando ésta represente un riesgo para otras personas trabajadoras de la empresa requiere tomar en consideración diversos factores, tales como el estado de salud de la persona trabajadora, esto es, la gravedad de la dolencia, así como la facilidad de que la dolencia se convierta en un riesgo cierto para el resto de personas trabajadoras; la prestación que desarrolla la persona trabajadora, en cuanto factor que puede proyectar el riesgo sobre las personas trabajadoras de la empresa; y las condiciones de trabajo, en la medida en que constituyan factor de atenuación o amplificación del inicial riesgo que representa la salud de la persona trabajadora. Resulta evidente, por tanto, que la actividad preventiva no exige esperar a que el peligro para la propia persona trabajadora o el de otras personas con ella relacionadas por motivos de su puesto de trabajo se concrete en un daño o lesión real para adoptar una medida, pues es precisamente el daño lo que se pretende evitar⁹.

Cuando el estado de salud de la persona trabajadora representa un peligro no sólo para las otras personas trabajadoras, sino para terceros ajenos a la empresa, atendiendo a la dimensión pública que presenta en tal caso la obligación, cabe plantearse hasta qué punto no corresponde al poder público el establecimiento de tales supuestos con carácter general. En una primera aproximación, la obligación de sometimiento a las medidas de vigilancia médica en tales supuestos resultaría congruente con el juego de la responsabilidad derivada de los eventuales daños que tuvieran su origen en el estado de salud de la persona trabajadora. Y ello porque, como es sabido, ex art. 1903 CC, la empresa debe responder, en todo caso, por los daños causados por sus empleados. Ahora bien, por un lado, tal conclusión únicamente cabe sostenerla si se admite que el cumplimiento de la obligación de hacer de la empresa le libera de cualquier responsabilidad frente a terceros, cosa que no resulta ajustada a la responsabilidad del art. 1903 CC. Consiguientemente, en razón del carácter esencialmente público que presenta la imposición de medidas destinadas a vigilar la salud en tales casos, la adopción de medidas de vigilancia de la salud debería reducirse exclusivamente a los supuestos en los que se convenga que el contenido mismo de la prestación del trabajador, objetivamente contemplado y tomando en consideración su tratamiento jurídico-público, pueda afectar a la salud pública, al integrar canales aptos para la transmisión de enfermedades que permitan concluir la existencia de un riesgo grave. En tales casos, las limitaciones que representa la necesaria salvaguarda de la salud pública se extienden asimismo a los daños sobre la salud derivados de las personas que prestan servicios por su cuenta (Martínez Fons, 2003: 60).

Por otro lado, si bien la necesidad de evitar daños a otras personas o a las demás personas trabajadoras es justificación suficiente para exigir el carácter obli-

⁹ STSJ Andalucía, de 1 de julio de 1998, rec. núm. 4515/1997.

gatorio del reconocimiento, cuando lo que está en juego es la salud de la propia persona trabajadora la cuestión es menos clara, hasta el extremo de que parte de la doctrina (González Ortega, Aparicio Tovar, 1996: 95) ha defendido que el reconocimiento debería ser en todo caso voluntario, en la consideración de que lo que se reconoce a la persona trabajadora es un derecho a la vigilancia de la salud y no un deber de estar sano y que puede ser que existan otros intereses personales que la persona está interesada en proteger. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la empresa no debe emplear a una persona trabajadora cuyas condiciones psicofísicas no sean las adecuadas para el puesto de trabajo y determinen un peligro para la propia persona trabajadora y que puede resultar responsable si efectivamente ese riesgo que amenaza a la persona trabajadora se materializa, por lo que parece razonable la exigencia de tales reconocimientos (Sala Franco, Arnau Navarro, 1996: 23; Purcalla Bonilla, 1997), sin perjuicio de que, la obligatoriedad no podrá imponerse si únicamente está en juego la salud de la propia persona trabajadora, sin el añadido de un riesgo o peligro de cierta gravedad y cierto, porque existan razones fundadas para sospechar de su existencia, so riesgo, en caso contrario, de vaciar de contenido el derecho de la persona a negarse a someterse a aquellas pruebas. Un ejemplo típico es el de los conductores, por la evidente peligrosidad y riesgo para personas y medios que la tarea de conducción y maquinaria entraña¹⁰, o los miembros de las brigadas de prevención y extinción de incendios¹¹.

Es en esta segunda excepción donde se puede plantear la problemática de si una empresa puede exigir o no a su plantilla que sea dada de alta tras el COVID-19 que debe someterse a un reconocimiento médico. Según una línea judicial¹² debe mantenerse una postura restrictiva, pues:

la disposición adoptada por la empresa demandada de someter a todos los trabajadores tras una baja laboral prolongada a un reconocimiento médico, podrá o no ser considerada una medida conveniente, pero en el caso del actor, ante la falta de datos probados concretos de significado contrario, no hay razón específica alguna para calificarla de imprescindible, ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por la persona trabajadora de su capacidad laboral en condiciones que le permitan afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos-psíquicos del puesto de trabajo. La aplicación por la empresa de pautas generales de actuación del tipo de la examinada debe estar justificada, esto es, debe demostrarse su ajuste a los parámetros legales, caso por caso y con rigor, sin apelaciones genéricas a la prevención de riesgos laborales, sino con exposición y prueba de los ele-

¹⁰ STSJ Andalucía, de 19 de julio de 2018, rec. núm. 3101/2017. En sentido similar, STS de 21 de enero de 2019, rec. núm. 4009/2016; STSJ Cataluña, de 31 de marzo de 2016, rec. núm. 304/2016, en relación con un conductor de máquina de barrido mecánico.

¹¹ STS de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014.

¹² STSJ Asturias, de 9 de noviembre de 2007, rec. núm. 2651/2007.

mentos de hecho demostrativos de que la medida es imprescindible; en otro caso la empresa tendría en su mano una capacidad prácticamente ilimitada para ejercer un control férreo sobre los trabajadores, que hoy por hoy no está permitido, salvo en supuestos singulares.

No obstante, según la posición del Comité europeo de Protección de Datos, en declaración de 19 de marzo de 2020, en la que se marcan las líneas esenciales a tener en cuenta en el tratamiento de datos de salud derivados del control de la pandemia en las empresas, defiende la tesis de que la situación de emergencia es una condición legal que puede legitimar ciertas restricciones de las libertades, siempre que, lógicamente, sean proporcionadas y limitadas. En el mismo sentido, la AEPD considera 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 Ley de prevención de Riesgos Laborales, resulta obligatoria para el empleador¹³.

En este sentido, la necesidad de realizar estos reconocimientos médicos se presenta como una medida tendente a reducir el riesgo de transmisión del COVID-19 en los centros de trabajo, y este presupuesto es la causa que justifica la práctica de estos controles entre la plantilla de una empresa. De hecho, 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 «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, 2020:3).

No cabe duda de que, en el contexto actual de crisis sanitaria, y con la finalidad de evitar la propagación del coronavirus SARS-CoV-2, y ya no sólo en el ámbito laboral, sino en toda la sociedad en general, queda justificada la obligatoriedad de realizar estos reconocimientos médicos por la peligrosidad que puede suponer el estado de salud de una persona trabajadora, tanto para él, como para el resto de personas trabajadoras, y la sociedad en general.

En el momento que estamos viviendo, la dimensión de la protección de la vida y la integridad física de los ciudadanos del art. 15 así como del art. 43.1 CE, adquiere un cariz importante y suficientemente justificativo para legitimar estos reconocimientos médicos con carácter obligatorio.

¹³ Disponible en <https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/infoSede/detallePregunta-FAQ.jsf?idPregunta=FAQ%2F00293>

Además, no se trata sólo del derecho a la salud y seguridad laboral, sino que entra en juego también el derecho a la salud pública del art. 3 LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública que establece que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, puede adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos o las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos.

Debe indicarse asimismo que en el *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*¹⁴, el Ministerio de Sanidad establece que corresponde a las empresas evaluar el riesgo de exposición en que se pueden encontrar las personas trabajadoras. La empresa debe seguir las recomendaciones del servicio de prevención, siguiendo las pautas de las autoridades sanitarias.

Y en el caso de que las indicaciones de las autoridades sanitarias fuesen insuficientes, el servicio de prevención será quien, según el art. 31 LPRL, tome las decisiones en materia de evaluación de riesgos que puedan afectar a la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras; planificación de la actividad preventiva; determinación de las prioridades en la adopción de medidas preventivas; y vigilancia de la salud de las personas trabajadoras.

Por tanto, el servicio de prevención, por delegación del Ministerio de Sanidad, es quien deberá adoptar unas medidas preventivas y de vigilancia de la salud que estime adecuadas, como podría ser la necesidad de aplicar un control de la temperatura de las personas trabajadoras en una empresa, o la necesidad de realizar reconocimientos médicos o pruebas de PCR.

De esta forma, en virtud del art. 20 ET, que permite a la empresa que pueda adoptar medidas de vigilancia y control que estime oportunas, la empresa podría establecer esta necesidad de realizar un reconocimiento médico o prueba PCR.

2.3. Tercera excepción

En tercer lugar, el reconocimiento médico tampoco será potestativo para la persona trabajadora «cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad». Esta expresión de la «disposición legal» es la que ha desatado, entre otras, una importante controversia doctrinal sobre su alcance. Un sector (González Ortega, Aparicio Tovar, 1996: 97) estima que existe una exigencia de rango formal, como el art. 243 LGSS, según el cual las empresas que pretendan cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento previo a la contratación de las personas trabajadoras que hayan de ocupar-

¹⁴ Disponible en https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf

los y no podrán contratar a quienes en el reconocimiento médico obligatorio no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate, ni tampoco permitir la continuidad en los puestos a los que no mantengan la declaración de aptitud en los posteriores reconocimientos médicos. No obstante, otro sector (Sala Franco, Arnau Navarro, 1996: 23; Fernández Villalón, 1997: 15; Purcalla Bonilla, 1997), tomando como base el art. 6.1 f) LPRL que alude a la fijación reglamentaria de «controles médicos especiales» para trabajos especialmente peligrosos, postulan la intervención reglamentaria en esta materia.

No obstante, también ha existido un importante contraste doctrinal de pareceres sobre la función de la negociación colectiva en este punto, admitiendo o rechazando que los convenios colectivos puedan añadir excepciones al principio general de voluntariedad de la vigilancia médica. Al respecto, nuestro alto tribunal¹⁵ y la doctrina judicial¹⁶ tienen declarado que la negociación colectiva no puede configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son *ex lege*, ni siquiera dotarles de una caracterización contraria a las directrices de la ley, pues así se impone a tenor de la función de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales. Ante el carácter de derecho necesario indisponible, se rechaza cualquier posibilidad de que a través de las cláusulas de los convenios colectivos se pretenda imponer la obligatoriedad para las personas trabajadoras de los reconocimientos médicos en supuestos distintos de los establecidos en las normas legales o reglamentarias; lo que no significa, sin embargo, que no pueda efectuarse mediante la negociación colectiva la identificación, concreción o delimitación de las situaciones o los puestos de trabajo que en el sector o empresa reúnan los requisitos fijados en la ley para hacer obligatorio el reconocimiento.

En este último caso, de momento, no existe ninguna disposición legal que obligue a realizar reconocimientos médicos para detectar posibles personas trabajadoras infectadas. Sólo se prevén las pruebas de PCR para cuando una persona presenta síntomas compatibles con el COVID-19, pero sin ser obligatorios.

3. Covid-19 y reconocimientos médicos previos

El reconocimiento médico previo a la contratación laboral plantea su problema cuando se utiliza como elemento de discriminación en la contratación y selección de personal.

Debe destacarse que los exámenes de salud previos a la incorporación al trabajo, como exigencia de cara a la contratación, venían regulados en instrumentos normativos previos a la LPRL. Así lo regulaba el art. 196 LGSS/1994 (hoy

¹⁵ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁶ STSJ Madrid, de 29 de octubre de 2012, rec. núm. 33/2012.

art. 243 LGSS/2015) para todos los puestos con riesgo de enfermedad profesional, en la regulación de determinadas actividades y en la normativa de menores y trabajadores del mar. Además, en algunos casos se reguló como requisito *sine qua non* para la contratación de la persona trabajadora.

No obstante, la LPRL no contiene referencia alguna a estos exámenes de salud previos. El art. 22 LPRL sólo se refiere a la vigilancia periódica de la salud, y el art. 7.3 b) RSP prevé una evaluación de la salud de las personas trabajadoras inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud. De ahí que se plantee si estos reconocimientos previos regulados con anterioridad a la normativa preventiva resultan compatibles y, por tanto, están vigentes, o si se oponen a la misma.

De cualquier forma, debe entenderse que dichos reconocimientos médicos previos no son incompatibles con la normativa de la LPRL, pues, debe recordarse que su no realización está penalizada tanto para la empresa infractora como por la entidad aseguradora de la contingencia.

En este sentido, puede plantearse la posibilidad de que se puedan realizar reconocimientos preventivos iniciales para detectar la inmunidad frente al COVID-19 como requisito selectivo para la contratación.

Para ello, debe indicarse que los reconocimientos previos a la contratación no encajan formalmente en los supuestos del art. 22 LPRL, ni en el art. 37 RSP, sino que cuando esta normativa se refiere a reconocimientos iniciales son «después de la incorporación al trabajo», porque el derecho-deber de prevención nace con la vigencia de la relación laboral (Gómez Caballero, 2005: 706).

No obstante, debe matizarse, que los exámenes previos a la contratación, sí quedan regulados si los riesgos lo hacen necesario. El art. 243 LGSS los regula para ciertas actividades como requisitos obligatorios antes de la admisión al trabajo. Sin embargo, ello no permite admitir que desde un punto de vista preventivo deba entenderse que los exámenes previos puedan ser indiscriminados o generalizados, pues quedan vinculados a determinados riesgos o personas. Además, de lo contrario, conllevaría que la empresa pudiera controlar las aptitudes laborales de forma previa a la contratación sirviendo como medio de discriminación. De hecho, el TC ha señalado que el reconocimiento médico:

no es un instrumento del empresario para llevar un control dispositivo de la salud de las personas trabajadoras, como tampoco es una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar (salvo que el tipo de trabajo a realizar lo justifique, cabría precisar)¹⁷.

¹⁷ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

Es decir, como se deduce de la doctrina constitucional, los reconocimientos médicos pueden ser utilizados por la empresa a efectos de contratación, pues no se puede justificar «para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar»¹⁸.

La lógica preventiva en los reconocimientos médicos previos a la contratación se recoge en algunos protocolos de vigilancia de la salud y son admitidos por los tribunales. Los protocolos previstos legalmente para determinados riesgos vinculan los reconocimientos previos a la ocupación de la persona trabajadora en puestos con determinados riesgos que exigen valorar la aptitud del trabajador, como los protocolos sobre riesgos derivados de radiaciones ionizantes o de trabajos en cajones de aire comprimido (Toscani Jiménez, 2007: 34).

Por su parte, la jurisprudencia¹⁹ ha valorado, en algunas ocasiones, la legalidad de estos reconocimientos previos a la contratación desde la óptica de la prevención, aplicando los criterios del art. 22 LPRL.

En relación con la obligatoriedad de estos reconocimientos médicos previos, cabe tener en cuenta, por un lado, su práctica extendida en los convenios colectivos, y que según el TC²⁰:

no puede configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son ex lege, ni siquiera dotarles de una caracterización contraria a las directrices de la Ley, pues así se impone a tenor de la función de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales (art. 2.2 LPRL) (...) reservándose a los convenios colectivos únicamente la función de mejora y desarrollo.

Lo único que está admitido es dar concreción a los supuestos excepcionales del art. 22.1 LPRL u otros casos previstos en la Ley o los reglamentos, como el art. 25 LPRL o 243 LGSS, debiendo adecuar a los criterios fijados por el TC, esto es, vinculación a riesgos, proporcionalidad e indispensabilidad.

Estas cláusulas pueden encontrar, en la práctica, una justificación genérica en sectores de la industria alimenticia, aunque cabe tener presente que no se pueden admitir en términos generales la legalidad de cláusulas en los convenios colectivos que establecen la obligatoriedad sin matices, imponiendo a las personas trabajadoras el deber de someterse, con carácter previo a su admisión, a un reconocimiento médico que determinará su aptitud para el trabajo, o incluso

¹⁸ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁹ STS de 28 de diciembre de 2006, rec. núm. 140/2005, que valora la legalidad del reconocimiento médico previsto en una cláusula del convenio colectivo de Correos y Telégrafos y concluye que se trata de un reconocimiento de selección, no de prevención, pero cuya legalidad justifica por ser respetuoso del art. 22 LPRL.

²⁰ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

cuando lo estime oportuno la empresa o ésta conjuntamente con los representantes de las personas trabajadoras.

Un sector judicial²¹ ha admitido la obligatoriedad en base a la acreditación de una justificación genérica, pero con acuerdo de los representantes o por el hecho de estar pactado en el convenio. Desde esa práctica, los informes de los representantes, que no son vinculantes según el art. 22 LPRL, resultan ser muy relevantes. Así se ha señalado que no puede admitirse una cláusula de reconocimiento médico obligatorio sin más justificación que la de venir pactada en convenio en base a que no existe un informe de los representantes avalando la obligatoriedad.

4. Covid-19, derecho a la intimidad y protección de datos de la salud

Es evidente que la información relativa al estado de salud de las personas forma parte de la intimidad. En este sentido, a pesar de que la legislación no ofrece criterios de referencia para determinar qué deba entenderse por información relativa a la salud, parece lógico considerar que son datos relativos a la salud todos aquellos relacionados con el estado físico o mental de una persona, comprendiendo aquí también cualquier otra información que tenga un vínculo con el estado de salud de esta persona, como la posibilidad de haber sido afectado por COVID-19.

Además, el TC señala que el derecho fundamental a la intimidad contempla el derecho a resguardar del conocimiento de terceras personas las informaciones íntimas, pero también y, especialmente, el derecho a controlar la circulación de las informaciones personales. Como señala el propio TC²², el derecho a la intimidad «garantiza el secreto de nuestra esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada». En este sentido, se afirma que se vulnera la intimidad no solamente cuando se vulnera la intimidad con la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto, sino también en aquellos casos en los que se produzca un quebranto de la «conexión entre información personal que se recaba y el objetivo para el que fue recogido». En definitiva, la tutela de la intimidad no depende tanto de la información conocida como de la capacidad del individuo de disponer de ella y, en particular, la capacidad de conocer y poder decidir acerca del destino de la información de los datos de carácter personal de la persona trabajadora.

La historia clínica es definida como el «conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situa-

²¹ STSJ Asturias, de 9 de noviembre de 2007, rec. núm. 2651/2007.

²² STC 83/2002, de 22 de abril.

ción y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial»²³. En la medida en que los datos relativos a la salud forman parte de la privacidad que garantiza el art. 18 CE, puede señalarse que existe un derecho a la confidencialidad de los datos clínicos, lo que supone que la revelación de dicha información sin autorización de la persona trabajadora estaría vulnerando el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, así como también la dignidad humana (art. 10.1 CE).

El art. 5 LO 3/2018²⁴ reitera la obligación de confidencialidad que recae sobre los responsables y encargados del tratamiento de datos. En este sentido, el art. 9 Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)²⁵, al que se remite el art. 9 LO 3/2018 sólo permite el tratamiento sobre la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social. Asimismo, el art. 10.3 L 14/1986²⁶ y el art. 7.1 Ley 41/2002, reiteran el carácter confidencial de esta información.

En relación con el acceso por parte de la empresa y de quienes tienen competencias en materia de prevención, se declara la reserva de confidencialidad, por lo que no tienen acceso al conocimiento de las condiciones psico-físicas de la persona trabajadora. De hecho, el Convenio núm. 161 OIT²⁷, aunque aún está pendiente de ratificar por España, señala en su art. 16 que:

al término de un examen médico prescrito para determinar la aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo que entraña exposición a un riesgo determinado, el médico que lo haya realizado deberá comunicar sus conclusiones por escrito al trabajador y al empleador. Esta comunicación no debería contener indicación alguna de índole médica; según los casos, podrán indicar que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos de trabajo y las condiciones de trabajo que le estén contraindicados, temporal o permanentemente desde el punto de vista médico.

De ahí que en relación con las prácticas empresariales que pretenden conocer los datos relativos a la salud, especialmente, en relación con haber sufrido el

²³ Art. 3 Ley 41/2002. A mayor abundamiento, el art. 14 Ley 41/2002 indica que «la historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro. 2. Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información».

²⁴ De 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

²⁵ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

²⁶ De 25 de abril, General de Sanidad.

²⁷ De 25 de junio de 1985, sobre los servicios de salud en el trabajo.

COVID-19, como requisito para poder ser contratado, la Agencia Española de Protección de Datos ha advertido que constituyen una vulneración de la normativa de protección de datos aplicable. Así, la citada Agencia ha indicado que, sobre la posibilidad de tratar los datos resultantes de la citada pandemia, con carácter general:

la normativa de protección de datos personales, en tanto que, dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, se aplica en su integridad a la situación actual, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada²⁸.

La información de haber padecido el coronavirus y desarrollado anticuerpos de esta enfermedad es un dato personal relativo a la salud, que el RGPD califica de categoría especial en su art. 9, por lo que su recogida y utilización por la posible empresa empleadora está sujeta a la normativa de protección de datos, fundamentalmente el citado RGPD y la LO 5/2018, que resultan plenamente aplicables.

4.1. Consentimiento libre y expreso

Para que el consentimiento sea válido debe consistir en una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca. El RGPD ha dejado bien claro que el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando no se goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno (considerando 42), o cuando exista un desequilibrio claro entre las partes (considerando 43), como sucedería en el presente caso, en el que el consentimiento estaría condicionado por la necesidad o la voluntad de acceder a un puesto de trabajo, lo que anularía la libertad de la persona.

En ese sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos ha ratificado las Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 y revisadas por última vez el 10 de abril de 2018 (WP259), que consideran que en el contexto del empleo se produce un desequilibrio de poder dada la dependencia que resulta de la relación entre las partes, y no es probable que la persona candidata pueda negar a la empresa el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar temor o riesgo real de que su negativa produzca efectos perjudiciales; y, por tanto, considera problemático que la empresa realice el tratamiento de datos personales de empleados y empleadas actuales o futuros sobre la base del consentimiento, ya que no es probable que éste se otorgue libremente.

²⁸ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 17/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

La AEPD considera que no es tampoco aplicable el art. 6.1 b) RGPD, por cuanto la solicitud de dicho dato de salud no sería necesaria para la ejecución o formalización del contrato de trabajo y, por lo tanto, dicho tratamiento sería excesivo y contravendría el principio de minimización de datos fijado en el art. 5.1.c) RGPD.

En conclusión, solicitar información sobre el estado de inmunidad frente al COVID-19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación laboral y de la seguridad y protección social, en particular, del deber de proteger a las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales previsto en la LPRL. En primer lugar, porque la persona interesada aún no es empleada y la empresa no tiene, por tanto, obligaciones o derechos específicos frente a ella. En segundo lugar, porque la información sobre una posible inmunidad frente a la enfermedad no contribuye significativamente a la protección del resto del personal o de la propia persona, en la medida en que los protocolos de prevención de riesgos adoptados por las autoridades sanitarias y laborales se aplican por igual a todo el personal, orientándose por lo que se refiere a la presencia de infección a los casos sospechosos. Estos protocolos no establecen excepción alguna para personas que ya hayan padecido la enfermedad. Finalmente, porque la misma consideración habría de atribuirse a la COVID-19 que a cualquier otro tipo de enfermedad que pudiera conllevar un riesgo de infección, sin que se plantee esta cuestión en la actualidad sobre otras enfermedades que pudieran resultar de declaración obligatoria a las autoridades sanitarias conforme al Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica²⁹.

4.2. Tratamiento de datos

Debe partirse del Considerando núm. 46 RGPD que reconoce que, en situaciones excepcionales, como una epidemia, la base jurídica de los tratamientos puede ser múltiple, basada tanto en el interés público, como en el interés vital del interesado u otra persona física. Literalmente, indica que:

el tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano.

²⁹ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 17/2020. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

Por lo tanto, en base al RGPD, concretamente, su art. 6.1, se permite el tratamiento de datos por dos motivos, cuales son, por misión realizada en interés público (art. 6.1.e) o intereses vitales del interesado u otras personas físicas (art. 6.1.d).

El RGPD requiere para el tratamiento de datos personales la existencia de una fundamentación recogida en su art. 6.1, y cuando se traten categorías especiales de datos personales, como son los datos relativos a la salud, es necesaria también la concurrencia de una de las excepciones previstas en el art. 9.2 RGPD que permiten levantar la prohibición de su tratamiento.

Entre las bases jurídicas que en principio podrían fundamentar dicho tratamiento por la empresa estarían el consentimiento del interesado, conforme al art. 6.1.a) RGPD, o la prevista en su art. 6.1.b), relativa al tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que la persona candidata es parte o para la aplicación a petición de esta de medidas precontractuales.

Es decir, según el citado informe de la AEPD las circunstancias que podrían dar lugar a dicho tratamiento pueden encontrarse en los siguientes apartados del art. 9.2 RGPD. En primer lugar, según el apartado b) del art. 9.2 RGPD, en las relaciones laborales entre empresa y persona trabajadora, por cuanto el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento (la empresa) o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, ya que según el art. 14 LPRL, la empresa debe garantizar la seguridad y salud de todas las personas trabajadoras a su servicio. Asimismo, el art. 29 LPRL, recoge, como obligación de la persona trabajadora, que esta debe velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de la empresa. También recoge la obligación de la persona trabajadora de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a las personas trabajadoras designadas para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. Por tanto, en el contexto de la situación derivada del COVID-19 supone que la persona trabajadora deberá informar a la empresa en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas. La empresa deberá tratar dichos datos conforme al RGPD, debiendo adoptarse las medidas oportunas de seguridad y responsabilidad proactiva que demanda el tratamiento (art. 32 RGPD).

En segundo lugar, en los apartados g) e i) art. 9.2 RGPD se recoge el interés público, ya sea calificado como «esencial» o «en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud».

En tercer lugar, el art. 9.2 h) RGPD, lo prevé para cuando el tratamiento es necesario para realizar un diagnóstico médico, o evaluación de la capacidad de laboral de la persona trabajadora o cualquier otro tipo de asistencia de tipo sanitario o para la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social.

En cuarto lugar, también se permite el tratamiento de datos, según la letra c), cuando sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento.

De esta forma, en relación con la situación de crisis sanitaria por el COVID-19, y según la normativa de prevención de riesgos laborales la empresa puede tratar, de acuerdo con dicha normativa y con las garantías que estas normas establecen, los datos de su plantilla necesarios para garantizar la salud de todas las personas trabajadoras, lo que incluye igualmente al resto de empleados distintos del interesado, para asegurar su derecho a la protección de la salud y evitar contagios en el seno de la empresa y/o centros de trabajo.

En este sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos, en declaración de 19 de marzo de 2020, ha señalado que la normativa de protección de datos no es un obstáculo para las medidas adoptadas en la lucha contra la pandemia. Considera que, en el ámbito laboral, el tratamiento de datos personales puede ser necesario para cumplir con una obligación legal a la que está sujeta la empresa, como es la obligación de garantizar la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, así como el control de enfermedades y otras amenazas para la salud.

Ahora bien, los tratamientos de datos personales en estas situaciones de emergencia sanitaria, siguen siendo tratados de conformidad con el RGPD y LO 3/2018, por lo que se aplican todos sus principios, contenidos en el artículo 5 RGPD, y entre ellos el de tratamiento de los datos personales con licitud, lealtad y transparencia, así como el principio de exactitud y el de minimización de datos. Sobre este último aspecto hay que hacer referencia expresa a que los datos tratados habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida, sin que se pueda extender dicho tratamiento a cualesquiera otros datos personales no estrictamente necesarios para dicha finalidad, sin que pueda confundirse conveniencia con necesidad, porque el derecho fundamental a la protección de datos sigue aplicándose con normalidad, sin perjuicio de que, como se ha dicho, la propia normativa de protección de datos personales establece que en situaciones de emergencia, para la protección de intereses esenciales de salud pública y/o vitales de las personas físicas, podrán tratarse los datos de salud necesarios para evitar la propagación de la enfermedad que ha causado

la emergencia sanitaria. Todo tratamiento de datos debe cumplir con los principios establecidos en el art. 5 RGPD, en particular ser tratados de manera lícita y que su recogida obedezca a finalidades legítimas.

Por tanto, y, en resumen, según la AEPD, y así lo estimo yo, solicitar la empresa a las personas candidatas a un puesto de trabajo información sobre la inmunidad al COVID-19, como requisito para acceder a un puesto de trabajo, daría lugar a una diferencia de trato que no obedece a una justificación objetiva y razonable. Y ello viene recogido así en el RGPD, pues parte de que hay que proteger los derechos fundamentales y la dignidad de las personas en los tratamientos que se produzcan en el ámbito laboral, en particular, a efectos de contratación de personal, pudiendo los Estados miembros establecer disposiciones más específicas que las previstas para los tratamientos de datos personales con carácter general «para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento...» (art. 88 y considerando 155 RGPD).

4.3. Derecho a la intimidad

No debe olvidarse la necesidad de respetar en todo momento el derecho a la intimidad de la persona trabajadora en la realización del reconocimiento médico, ya sea voluntario u obligatorio.

Este derecho, como es sabido por la extensa doctrina constitucional, «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás»³⁰.

La función del derecho a la intimidad, afirma el máximo intérprete de la Constitución, «es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad», garantizando el «secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal», confiriendo al individuo el poder jurídico de imponer a terceros «el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido», salvo que la intromisión esté fundada en una previsión legal que tenga «justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»³¹.

Para analizar la posible vulneración de este derecho se recurre al principio de proporcionalidad entre el fin pretendido con la medida empresarial y la restricción del derecho, a fin de determinar si existe o no vulneración del mismo, de-

³⁰ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

³¹ SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 98/2000, de 10 de abril.

terminando así si la medida es susceptible de conseguir el objeto propuesto (juicio de idoneidad), si es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o deberes en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)³².

De ahí, la necesidad de informarse a la persona trabajadora con carácter previo a la realización de las pruebas que conforman el reconocimiento médico de cuáles son dichas pruebas a realizar, así como la finalidad de cada una de ellas³³.

5. Conclusiones

En el momento actual que estamos atravesando de crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19, no cabe duda que debe protegerse en primer lugar la salud, pero ello no puede suponer tampoco la vulneración de otros derechos fundamentales como a la intimidad, o protección de datos de carácter personal sin más.

Por un lado, en relación a la obligatoriedad del reconocimiento médico, en mi opinión, es en la segunda excepción donde queda encuadrada, pues una de las medidas que la empresa puede adoptar para evitar la propagación del virus entre su plantilla se encuentra en la realización de dichos reconocimientos médicos. Como señala nuestro alto tribunal:

el derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede así ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero y el del empresario a conocer la existencia de enfermedades capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo, circunstancia en virtud de la cual se establecen tres excepciones³⁴.

Es decir, la realización de dichos reconocimientos con carácter obligatorio a las personas trabajadoras con el fin de detectar la presencia del SARS-CoV-2 queda justificada. Ello, no obstante, no supone, en ningún caso, que no se tengan que respetar los requisitos y límites que establece el art. 22 LPRL.

Por otro lado, sobre la garantía de protección de los derechos de carácter personal, el Comité Europeo de Protección de Datos manifiesta que la norma-

³² STSJ Navarra, de 14 de enero de 2008, rec. núm. 350/2007.

³³ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

³⁴ STS de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014.

tiva de protección de datos no impide tomar medidas en la lucha contra la pandemia, pero advierte también de que en estas situaciones excepcionales debe garantizarse una especial protección en dichos datos personales. Es decir, deberán respetarse siempre los principios del art. 5 RGPD.

El tratamiento de datos de salud de la persona trabajadora con el objeto de frenar la expansión del SARS-CoV-2 queda justificado en aplicación del art. 9.1 RGPD, pues viene ligado a la necesidad de proteger la salud pública y general.

La normativa de protección de datos se aplica en su integridad a la situación actual, pues no existe razón alguna que determine que los derechos fundamentales implicados quedan suspendidos. Ello significa que las empresas deberán garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos de los que sean responsables, pudiendo tratar los datos de sus personas trabajadoras, y de sus visitantes o clientes, incluidos sus datos de salud, y adoptar las medidas que consideren convenientes para garantizar la salud de su plantilla (Muñiz Aguirreurreta, 2020).

En definitiva, en la situación de pandemia en la que nos encontramos, que tiene, entre sus objetivos prioritarios, frenar la expansión del virus, el interés de protección de la salud pública cobra un especial relieve, por encima, en cierta forma, de muchos derechos de los ciudadanos, como el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos de carácter personal. Ni el derecho a la intimidad, ni ningún otro concede unos poderes ilimitados, en la medida en que todos deben ceder ante determinados derechos constitucionales, siempre que el recorte sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado, y respetuoso con el contenido esencial del derecho.

6. Bibliografía

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2020) «COVID-19 y reconocimiento médico de los trabajadores» [blog] *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/04/15/covid-19-y-reconocimiento-medico-de-los-trabajadores/>
- BLASCO PELLICER, Ángel (1999) «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», en AA.VV., *Trabajo y libertades públicas*. Madrid: La Ley.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2004) «Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador. A propósito de la Sentencia del TC 196/2004, de 15 de noviembre», *AS*, núm. 19.
- FERNÁNDEZ VILLALÓN, Luis Antonio (1997) «Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentarios al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)», *REDT*, núm. 82.
- GARCÍA BLASCO, José, GONZÁLEZ LABRADA, Manuel (1998) «La salud de los trabajadores», en AA.VV., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid: Civitas.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; MERCADER UGUINA, Jesús (2017) «Los reconocimientos médicos obligatorios en la doctrina reciente de los tribunales», *RIL*, núm. 5 (versión on line).
- GÓMEZ CABALLERO, Pedro (2005) «Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador», *RL*, Tomo II.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARICIO TOVAR, Joaquín (1996) *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Trotta.
- GOÑI SEIN, José Luís (1999) «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales», *RDS*, núm. 5.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo (2020) «El control empresarial de la temperatura corporal de los trabajadores ante la vicisitud del Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 5.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (1997) «La vigilancia de la salud laboral de los trabajadores», *Poder Judicial*, núm. 48.
- MARÍN MALO, Mirentxu (2020) «La realización de reconocimientos médicos para la detección de Covid-19 a los trabajadores», *Lan Harremanak*, núm. 43.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel (2002) *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, (versión on line)
- MINISTERIO DE SANIDAD (2020) *Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas*. Madrid: Ministerio de Sanidad. Disponible en <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>
- MUÑIZ AGUIRREURRETA, David (2020) «COVID-19. Relaciones laborales y protección de datos», *Aranzadi Digital*, núm. 1.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel (1997) «Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico» *AS*, Vol. V.
- RIBAS, Xavier (2020) «Control de la temperatura del trabajador: opinión sobre el comunicado de la AEPD», *Aranzadi Digital*, núm. 1.
- SALA FRANCO, Tomás; ARNAU NAVARRO, Francisco (1996) *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TOSCANI JIMÉNEZ, Daniel (2007) «Los reconocimientos médicos: su obligatoriedad y sus consecuencias», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 29.

EL EJERCICIO DEL DERECHO A DESCONECTAR DIGITALMENTE DEL TRABAJO: SU EFECTIVIDAD EN LAS EMPRESAS

*The exercise of the right to disconnect from work technologically:
its effectiveness in companies*

FRANCISCO TRUJILLO PONS*

Universidad de Valencia, España

RESUMEN

El trabajador a distancia como cualquier otro trabajador que presta servicios por cuenta ajena en una empresa, tiene derecho a la desconexión digital. A fin de garantizar la efectividad de este derecho, el legislador hace una llamada a la negociación colectiva sin mayores concreciones en la normativa que lo regula. De modo que todas las empresas deberán disponer de una política interna de desconexión digital donde, previa audiencia de los representantes legales de los trabajadores, se regulen no solo los mecanismos que garanticen una desconexión digital efectiva, sino también las acciones de formación y sensibilización que la empresa promoverá para concienciar de esta cuestión. Ciertamente, el derecho a la desconexión digital, está llamado a ocupar un papel central en los próximos años. El incremento exponencial del trabajo a distancia como consecuencia de la crisis del COVID-19 no ha hecho sino acrecentar la relevancia del asunto. Bajo esta premisa, en el trabajo que aquí se presenta, se pone de relieve la efectividad del derecho en el sentido de la posición que está adoptando la autonomía colectiva con el análisis de determinados convenios colectivos que están empezando a reconocer el derecho y a adoptar buenas prácticas y recomendaciones que beneficien no solo la conciliación personal y familiar del empleado, sino también su descanso y salud.

Palabras clave: desconexión digital, COVID-19, descanso, trabajadores, empresas, protección de datos, teletrabajo.

ABSTRACT

The remote worker, like any other worker who provides services for someone else in a company, has the right to digital disconnection. In order to guarantee the effectiveness of this right, the legislator calls for collective bargaining without further details in the regulations that regulate it. Thus, all companies must have an internal policy of digital disconnection where, after hearing the legal representatives of the workers, not only the mechanisms that guarantee an effective digital disconnection are regulated, but also the training and awareness actions that the company will promote to raise awareness of this issue. Certainly, the right to digital disconnection is called to occupy a central role in the coming years. The exponential increase in remote work as a result of the COVID-19 crisis has only increased the relevance of the issue. Under this premise, in the work presented here, the effectiveness of the law is highlighted in the sense of the position that collective autonomy is adopting with the analysis of certain collective agreements that are beginning to recognize the right and adopt good practices and recommendations that benefit not only the personal and family conciliation of the employee, but also their rest and health.

Keywords: digital disconnection, COVID-19, rest, workers, companies, data protection, remote worker.

* **Correspondencia a:** Francisco Trujillo Pons. Avda. de los Naranjos, s/n, 46022, (Valencia) España. – francisco.trujillo@uv.es – <https://orcid.org/0000-0002-1742-2037>

Cómo citar: Trujillo Pons, Francisco. (2020). «El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas»; *Lan Harremanak*, 44, 39-55. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21954>).

Recibido: 13 agosto, 2020; aceptado: 30 octubre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción. Potencialización del teletrabajo con motivo del COVID-19

La línea que separa el tiempo de trabajo efectivo del tiempo de ocio y descanso, resulta cada vez, más delgada, lo que a la postre, provoca prácticamente que el empleado nunca desconecte del trabajo. Y ello es así porque las conocidas como Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) empujan a una disponibilidad horaria y locativa constante de los trabajadores, incluso, fuera de su horario laboral. No son de extrañar en este sentido, comunicaciones de jefes, compañeros de trabajo o, incluso, clientes a través de distintos medios como ahora: correos electrónicos que necesitan contestación urgente, llamadas telefónicas a horas intempestivas o, sobre todo en el sentido de este artículo, mediante el *smartphone*¹, bien por mensajes *SMS* —aunque es cierto

¹ Es de significar que, si el trabajador se encuentra bajo la modalidad de trabajo a distancia, todos los medios de y herramientas necesarias para desarrollar su actividad, han de ser proporcionados sin coste alguno al trabajador. Según concreta la normativa comunitaria [(ex. Acuerdo Marco Europeo sobre «teletrabajo», Anexo al Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva 2003 (BOE 24/2/2003)]: «el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el «teletrabajo» regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo». Como se aprecia, más allá de las herramientas informáticas, el legislador no menciona nada respecto a los gastos generados (conexión a Internet, adaptación del domicilio, mobiliario, etc.). Ahora bien, como se afirmaba, al ser una relación laboral y trabajar en régimen de dependencia y ajenidad ex. art. 1.1 ET, el trabajador es ajeno a los medios, gastos y riesgos, luego se entiende que el empleador, debe proporcionar al trabajador que no disponga de material propio, todo aquello que necesite como ahora el teléfono inteligente de empresa, el acceso a Internet desde su hogar, el ordenador portátil, etc. Esta perspectiva es respaldada por jurisprudencia: 1) STSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2006 (14146/2006 - ECLI: ES:TSJCAT:2006:14146), no puede admitirse como compatible con el contrato de trabajo la participación en los gastos de funcionamiento de la empresa; 2) la AN n.º 13/2019 de 6 febrero (núm. rec. 318/2018), declaró la nulidad de la obligación impuesta a los trabajadores para aportar su móvil personal para instalar un GPS, a cambio de 110€/año de compensación «*de todo punto insuficiente*» según la AN; 3) o la STSJ Murcia de 27 de abril de 2015 (997/2015 - ECLI: ES:TSJMU:2015:997) que confirma la extinción indemnizada (art. 50.1 ET), instada por un trabajador al que su empresa cerró la oficina y le impuso la prestación de servicios en su domicilio, sin negociación ni acuerdo alguno, facilitándole únicamente una conexión 3G: «(...) *El trabajador ahora tiene que disponer de un espacio en su domicilio y dotarlo del correspondiente mobiliario para realizar su trabajo, debiendo hacer frente a los gastos de luz, calefacción, teléfono, etc. que hasta entonces venía abonando la demandada (...)*»; «(...) *sin que éstas necesidades y gastos se vean compensados por la empresa, quien sólo ha tenido a bien facilitar al trabajador una conexión a Internet para desarrollar su actividad laboral, produciendo molestias y gastos y una mayor onerosidad con un perjuicio notorio*». Por lo tanto, no cabe duda que los gastos derivados del trabajo a distancia deberán ser soportados por la empresa, siendo condición de derecho mínimo necesario (art. 1.1 ET), que no puede ser empeorada por pacto en contrario (individual o colectivo), según art. 3 ET. Conforme a la reciente norma del trabajo a distancia (Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. BOE núm. 253, de 23 de sept. 2020) el sector privado asumirá el coste tecnológico del trabajo en remoto, al igual que ocurrirá en las Administraciones Públicas. De tal forma que serán los empleadores quienes asuman los ordenadores o el material técnico necesario para que los asalariados puedan desarrollar eficientemente sus funciones. Otra Sentencia, esta vez más reciente, es la de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 6 de febrero de 2019 (N.º de Recurso: 318/2018) que declara la nulidad de la cláusula por la

que, cada vez, en más desuso— bien por mensajes a través de múltiples programas de mensajería instantánea (aplicaciones tipo *WhatsApp*, *iMessage* o *Telegram*). Sin olvidar tampoco que el *smartphone* cuenta con la posibilidad de incorporar cuentas de correo corporativos, lo que añade un plus más a la conocida como «hiperconectividad» y esa sensación urgente y fatigosa que provoca en el trabajador la contestación inmediata y sin esperas de toda comunicación que recibe.

Estamos ante una nueva era, la era de la «interconectividad digital» por la que un grandísimo volumen de datos e información se encuentran en la conocida como «nube» que permiten modelos de trabajo interconectados en los que el jefe puede utilizar medios TIC para contactar digitalmente o a distancia con el empleado. Estos modelos de trabajo en la actualidad han sido maximizados por la pandemia mundial.

En lo que respecta a la modalidad de trabajo a distancia, cabe señalar que todos los medios de y herramientas necesarias para desarrollar su actividad, han de ser proporcionados sin coste alguno al trabajador. Según concreta la normativa comunitaria [(ex. Acuerdo Marco Europeo sobre «teletrabajo», Anexo al Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva 2003 (BOE 24/2/2003)]: «el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el «teletrabajo» regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo». Como se aprecia, más allá de las herramientas informáticas, el legislador no menciona nada respecto a los gastos generados (conexión a Internet, adaptación del domicilio, mobiliario, etc.).

Ahora bien, al ser una relación laboral y trabajar en régimen de dependencia y ajenidad ex. art. 1.1 ET, el trabajador es ajeno a los medios, gastos y riesgos, luego se entiende que el empleador, debe proporcionar al trabajador que no disponga de material propio, todo aquello que necesite como ahora el teléfono in-

que se obligaba al trabajador a disponer de medios propios (móvil e Internet) y a proporcionárselo a la empresa para que ésta le efectuara cualquier comunicación y a estar disponible para la empresa fuera de horas de trabajo: cláusula que era del tenor siguiente: «Para el desarrollo de las funciones propias del puesto de trabajo, concretamente en la realización de las funciones de reparto de productos, objeto del presente contrato, el trabajador deberá aportar un teléfono móvil de su propiedad con conexión a internet (Smartphone) que permita la instalación y correcto funcionamiento de la aplicación (app) creada por Telepizza a dichos efectos. El teléfono móvil y aplicación mencionados deberán utilizarse durante la totalidad de la jornada laboral del trabajador a efectos de que tanto la empresa como sus clientes puedan realizar un seguimiento entiempos real y mediante geolocalización, de la ubicación de los pedidos que se realizan. Será responsabilidad del trabajador acudir al centro de trabajo con el citado dispositivo en plenas condiciones de utilización (batería cargada, tarifa de datos disponible, etc.) y obligación suya desconectarse de la aplicación (app) una vez finalizada su jornada laboral». Vid. Cremades, O. (2018): Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo. RTSS.CEF, núm. 423 (junio 2018), pp. 103-122.

teligente de empresa, el acceso a Internet desde su hogar, el ordenador portátil, etc. Esta perspectiva es respaldada por jurisprudencia:

1. STSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2006 (14146/2006-ECLI: ES:TSJCAT:2006:14146), no puede admitirse como compatible con el contrato de trabajo la participación en los gastos de funcionamiento de la empresa;
2. la AN n.º 13/2019 de 6 febrero (núm. rec. 318/2018), declaró la nulidad de la obligación impuesta a los trabajadores para aportar su móvil personal para instalar un GPS, a cambio de 110€/año de compensación «de todo punto insuficiente» según la AN;
3. la STSJ Murcia de 27 de abril de 2015 (997/2015 — ECLI: ES:TSJMU:2015:997) que confirma la extinción indemnizada (art. 50.1 ET), instada por un trabajador al que su empresa cerró la oficina y le impuso la prestación de servicios en su domicilio, sin negociación ni acuerdo alguno, facilitándole únicamente una conexión 3G:

(...) El trabajador ahora tiene que disponer de un espacio en su domicilio y dotarlo del correspondiente mobiliario para realizar su trabajo, debiendo hacer frente a los gastos de luz, calefacción, teléfono, etc. que hasta entonces venía abonando la demandada (...); (...) sin que éstas necesidades y gastos se vean compensados por la empresa, quien sólo ha tenido a bien facilitar al trabajador una conexión a Internet para desarrollar su actividad laboral, produciendo molestias y gastos y una mayor onerosidad con un perjuicio notorio.

Por lo tanto, no cabe duda que los gastos derivados del trabajo a distancia deberán ser soportados por la empresa, siendo condición de derecho mínimo necesario (art. 1.1 ET), que no puede ser empeorada por pacto en contrario (individual o colectivo), según art. 3 ET;

4. la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 6 de febrero de 2019 (N.º de Recurso: 318/2018) que declara la nulidad de la cláusula por la que se obligaba al trabajador a disponer de medios propios (móvil e Internet) y a proporcionárselo a la empresa para que ésta le efectuara cualquier comunicación y a estar disponible para la empresa fuera de horas de trabajo: cláusula que era del tenor siguiente:

Para el desarrollo de las funciones propias del puesto de trabajo, concretamente en la realización de las funciones de reparto de productos, objeto del presente contrato, el trabajador deberá aportar un teléfono móvil de su propiedad con conexión a internet (Smartphone) que permita la instalación y correcto funcionamiento de la aplicación (app) creada por Telepizza a dichos efectos. El teléfono móvil y aplicación mencionados deberán utilizarse durante la totalidad de la jornada laboral del trabajador a efectos de que tanto la empresa como sus clientes puedan realizar un seguimiento entiempos real y mediante geolocalización, de la ubicación de los pedidos que se realizan. Será responsabilidad del trabajador acudir al centro de trabajo

con el citado dispositivo en plenas condiciones de utilización (batería cargada, tarifa de datos disponible, etc.) y obligación suya desconectarse de la aplicación (app) una vez finalizada su jornada laboral (Cremades, O. (2018): Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo. RTSS.CEF, núm. 423, pp. 103-122).

Y tanto es así que ha desembocado en la regulación de una normativa que particulariza la prestación de trabajo a distancia: el citado Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE núm. 253, de 23 de sept. 2020. En adelante, RDLTD). Conforme a la misma y en línea a lo señalado con anterioridad, el sector privado asumirá el coste tecnológico del trabajo en remoto, al igual que ocurrirá en las Administraciones Públicas. De tal forma que serán los empleadores quienes asuman los ordenadores o el material técnico necesario para que los asalariados puedan desarrollar eficientemente sus funciones.

Igualmente, es importante destacar su artículo 2 que define el trabajo a distancia y el teletrabajo. Así, el primero es:

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

Y, el segundo, «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».

Sea como sea, la prestación del trabajo se realiza con el uso de las TIC y, por ende, el derecho a la «desconexión digital²» en el ámbito laboral adquiere mayor importancia y se exige una revisión del mismo en aras a evitar los riesgos psicosociales que pueden materializarse por la falta de descanso.

En este sentido, según detalla de una forma muy amplia el estudio del sindicato mayoritario UGT *«El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y Propuestas³»* con el fin de evitar o minimizar el riesgo que supone la prolongación habitual de la jornada laboral de los/as teletrabajadores/as o su disponibilidad absoluta, se hace necesario implementar medidas oportunas para garantizar la obligación empresarial de respetar y cumplir con los límites de jornada y descansos mínimos del teletrabajador. Lo cual, debe pasar esencialmente por una actuación necesaria: desarrollarse vía negociación colectiva el derecho a la «desconexión digital» (art. 20 bis ET), con especial atención al teletrabajo. A este respecto, dispone el artículo 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección

² Entre otras muchas obras que ya han tratado el asunto: Trujillo Pons, F. (2020); Torres, B. (2020); y Todolí, A. (2017); Altés J.A. y Yagüe, S. (2020) y; González, M. (2019).

³ UGT (2020:18-19).

de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 dic. 2018, en lo sucesivo: LOPDPGDD) que:

En particular, se preservará el derecho a la «desconexión digital» en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

2. Un derecho incipiente: la desconexión digital del trabajador

El derecho a desconectar tecnológicamente del trabajo, es un derecho de reciente aparición en el ordenamiento jurídico español. Más en concreto, resulta obligatorio desde diciembre de 2018 que las empresas (con independencia de su tamaño) cuenten con una política interna de «desconexión digital» (previa audiencia de los representantes de los trabajadores), integrándola en sus planes de formación que consiga normalizarlo en el trabajo, ejecutando, por ejemplo, acciones de sensibilización a los trabajadores. Esta formación y sensibilización del derecho a desconectar del trabajo en la gestión y respeto del tiempo de trabajo, son fundamentales para el correcto ejercicio del derecho y, sobre todo, de su cumplimiento dentro de la esfera laboral. Desde este prisma, son esenciales los convenios colectivos que regulan protocolos de actuación para garantizar que los trabajadores desconecten «digitalmente» de su trabajo.

En efecto, de conformidad con el mencionado artículo 88 de la LOPDPGDD, el legislador hace una llamada a la negociación colectiva para el tratamiento del derecho a la desconexión tecnológica en el trabajo. De tal forma que deja mucho espacio a que las empresas, de forma concreta, según su tipo de actividad, sector y puestos de trabajo puedan modular el derecho. Bien pueden desarrollar protocolos para su regulación, bien, pueden negociar su tratamiento por medio de convenios colectivos.

Se virtualiza en los convenios colectivos⁴ en forma de procedimiento para garantizar a los trabajadores el respeto a su tiempo de descanso, permisos y va-

⁴ Atendiendo al artículo 85.1 del ET, los convenios colectivos pueden regular muchas materias y de distinta naturaleza: económicas, laborales, sindicales y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. Pues bien, una de ellas y por remisión expresa de la LOPDPGDD es el derecho a la «desconexión digital» en el trabajo. Remisión que es facultativa a la negociación colectiva y que no alcanza a la obligatoriedad que sí existe respecto a los planes de igualdad. Según se extrae del artículo 88 no existe un deber de negociar el ejercicio del derecho a la «desconexión digital» en el trabajo pero, al menos, se insta a la implementación del mismo por parte de la negociación colectiva. Hubiese sido más acertado por parte del legislador haber equiparado el derecho a la «desconexión digital» al modo en que regula los planes de igualdad, como también haber acotado mejor el término de lo que se entiende como derecho a la «desconexión di-

caciones, así como de su intimidad personal y familiar. En efecto, por medio de la negociación colectiva se establece la obligación para las empresas con independencia de su tamaño de dotarse de una política interna dirigida a sus trabajadores, que preserve el derecho a la «desconexión digital» en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona trabajadora vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Esta política interna, como señala la LOPDPGDD, ha de contener acciones formativas y campañas de sensibilización sobre la utilización de las herramientas tecnológicas con el objetivo de evitar la fatiga informática.

De esta forma, con el marco jurídico existente en España, se garantiza que fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, los trabajadores puedan disfrutar de sus periodos de descanso (vacaciones y descanso diario, semanal y «pausa del bocadillo»), permisos (retribuidos o no), excedencias y suspensiones del contrato, así como de su intimidad personal y familiar. Y no solo se garantiza con la regulación de la desconexión digital los descansos de los trabajadores, también desde una vertiente de la seguridad y salud en el trabajo se garantiza el cumplimiento de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, BOE 10 oct. 1995). En este sentido, no cabe duda que la falta de descansos provocados por la citada «hiperconectividad⁵» del trabajador puede suponer la aparición de riesgos psicosociales (carga mental, estrés, síndrome del burnout —estrés crónico derivado de la incapacidad para desconectar del trabajo—, etc.). Desde este prisma, dando cumplimiento al mandato de su artículo 15 («principios de acción preventiva»), las empresas han de velar por el bienestar de los trabajadores y adoptar cuantas medidas sean necesarias para evitar que los trabajadores sufran una sobrecarga en el uso de las TIC en el ámbito laboral.

El 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 (BOE, 24 oct. 2015, ET) es la norma laboral común más importante, pero no deja de ser una norma de derechos mínimos que, pueden y han sido mejorados en los convenios colectivos. La gran mayoría de ellos son mejorados respecto al mínimo establecido en el ET y algunos, como es de interés aquí, regulados exclusivamente en los convenios. La norma laboral se limita a señalar en su artículo 20 bis (vigente

gital» en el trabajo pues, no existe una definición legal y ello provoca que sea un término abstracto y que se deje su configuración al arbitrio de la empresa y/o de los representantes de los trabajadores. Ahora bien, ello no obsta a que al existir autonomía en la redacción de los protocolos de actuación se consigan cláusulas muy favorecedoras para que los trabajadores incluidos en el convenio colectivo en cuestión, tengan un derecho real de no contestar llamadas, mensajes o correos electrónicos fuera del tiempo de trabajo.

⁵ Son muchos los estudios que relacionan la «hiperconectividad» con la seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo. Monforte, J.D. y Salvador, N. (2020); Fernández, J.A (2007) y Salanova, M. *et al.* (2007).

desde el 7 de diciembre de 2018) que los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la «desconexión digital» y a la intimidación frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Para dar cumplimiento a este artículo, por lo tanto, ha de acudirse a la negociación colectiva.

A propósito de los convenios colectivos, conviene recalcar como uno de los primeros que abordaron este derecho —del que existió un enorme eco informativo en prensa y en doctrina— fue el de la empresa aseguradora AXA, firmado a fecha de 21 de julio de 2017 y con vigencia desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020. En concreto, en su artículo 14 trata sobre el ya mencionado «Derecho a la desconexión digital». Desganando dicho precepto, una vez terminada la jornada laboral los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital, y que, por lo tanto, salvo causa mayor o circunstancias excepcionales AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder correos electrónicos o llamadas telefónicas profesionales fuera de su horario laboral. Después, otro convenio colectivo que puede servir de ejemplo por su contenido garantista del derecho digital es el de la empresa Telefónica, la cual, cuenta desde el 28 de enero de 2019 con un Anexo al Acuerdo Marco Internacional que tienen suscrito y en el que se recogen los principios sobre el derecho a la desconexión aplicable a sus operaciones globales. La posición de esta empresa frente a esta cuestión es que:

La tecnología debería mejorar la vida de las personas. Por ello, creemos imprescindible que nuestros trabajadores puedan desconectarse cuando sea necesario y crear hábitos saludables al respecto. Estamos comprometidos a entregar todas las herramientas necesarias para desarrollar su propio sentido de bienestar digital.

Según recoge su Anexo, la empresa de telefonía:

Se compromete a impulsar medidas para potenciar el tiempo de descanso una vez finalizada la jornada laboral, reconociendo el derecho a la desconexión digital como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada y familiar, mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y contribuir a la optimización de la salud laboral del conjunto de las personas trabajadoras.

Sin embargo, recalca que se deberán respetar los acuerdos que mediante negociación colectiva estén establecidos o se establezcan en el futuro en las distintas empresas pertenecientes al Grupo mercantil TELEFÓNICA en España.

Finalmente, reiterando este derecho digital incipiente en el actual marco de las relaciones laborales, el citado RDLTD en su artículo 18 regula el derecho a

la «desconexión digital» protegiendo de este modo a los trabajadores que prestan sus servicios «en remoto». Es cierto que hace una remisión a la LOPDGDD pero es de alabar la posición adoptada por el actual Gobierno para que el «teletrabajador» pueda disfrutar de los derechos consagrados en el ET respecto a los descansos, vacaciones, permisos o excedencias.

2.1. El llamamiento del legislador a la negociación colectiva para su tratamiento

Precisamente, siguiendo la estela de convenios importantes como el pionero de AXA y el significativo de Telefónica y como motivo del presente artículo que versa sobre la efectividad del derecho a desconectar digitalmente de los medios tecnológicos, en este apartado se van a destacar una ristra de convenios colectivos que, cuentan entre su contenido, con el derecho a la «desconexión digital» para, de este modo, observar el modo en que desde la práctica empresarial se ejercita el mismo.

Como es sabido, tras la Reforma Laboral 2012 existe conforme al artículo 84.2 del ET y con carácter general, una prioridad aplicativa del convenio de empresa del convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, salvo en los casos en que los citados convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico hayan establecido otra cosa. Existen noticias y posibilidades ciertas porque se trata de una cuestión programática del actual Gobierno del PSOE sobre la llegada de una nueva Reforma Laboral en la que, entre otros puntos, pretende derogar dicha prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa frente al sectorial y que sean los sectoriales (que tienen mayor poder de negociación y cuentan con mejoras laborales al estar legitimados los sindicatos más representativos de España) los que vuelvan a tener prioridad frente a los de empresa. Así mismo, en línea con la seguridad y salud en el trabajo también es destacable el importante papel de los acuerdos interprofesionales.

Y no solo los convenios colectivos, desde un nivel superior es destacable el papel que pueden adoptar los signatarios de acuerdos interprofesionales. Como muestra, es significativo el reciente Acuerdo Interprofesional de Cataluña (2018-2020⁶) que cuenta con un precepto exclusivo sobre desconexión digital y en el que se señala cómo las organizaciones signatarias del mismo conscientes «(...) de las posibles distorsiones que el desarrollo de las comunicaciones provoca en el tiempo de trabajo y los usos sociales del tiempo, y de los riesgos para la salud de las personas y la obligación de prevenirlos» proponen un clausulado para que se incorporen en los convenios colectivos, poniendo el acento en el sentido de la normativa vigente. En concreto proponen el siguiente contenido:

⁶ RESOLUCIÓN TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (código de convenio núm. 79100065092016).

(...) las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, hecho que comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir. En el ámbito de la empresa, y de forma negociada con la representación legal de las personas trabajadoras, se podrá elaborar un protocolo que formalice este nuevo aspecto. Asimismo, se pondrá en marcha actuaciones de comunicación y sensibilización, dirigidas a las plantillas y los mandos intermedios, y a la misma dirección de la empresa, sobre las pautas de trabajo derivadas del protocolo, y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales.

Sea como fuere, tras una búsqueda de convenios colectivos que cuentan, entre su contenido con cláusulas a este respecto, se puede afirmar que no son muchos los que cuentan con un contenido amplio, siendo en muchas ocasiones, los convenios de grandes empresas o los convenios colectivos de sector los que resultan ser más explícitos y garantistas. En vista del contenido analizado, no son muchas las empresas que cuentan, entre su articulado, con disposiciones relativas al derecho a desconectar del trabajo. Se analizan así, aquellos convenios colectivos que realizan un tratamiento poco profundo y garantista (sin indicar las modalidades del ejercicio del derecho), siendo en ocasiones una mera declaración de intenciones, para luego, acudir a aquellos otros convenios que sí llevan un tratamiento digno de la importancia del derecho que resulta más favorable para los trabajadores y que les garantiza el descanso extralaboral.

Por la transversalidad de las TICs, si bien las empresas tecnológicas son las más proclives a contar con disposiciones a este respecto, existen acuerdos adoptados en el seno de otros tipos de empresas que si bien han sido tradicionalmente analógicas están pasando a ser tecnológicas, como, por ejemplo, el sector de abogados, procuradores y graduados sociales. Si se acude al convenio colectivo de su sector para el territorio de Cantabria⁷, es cierto que se «reconoce» el derecho a la «desconexión digital» una vez finalizada la jornada laboral, pero de forma débil y difícilmente real: no explica ni a través de qué modalidades se va a ejecutar el derecho, ni qué medidas se van a adoptar (horarios de no contestar o qué TIC's si correos electrónicos o teléfonos inteligentes, etc.), ni las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, ni en qué circunstancias concretas se exceptúa el derecho («causas de fuerza mayor» resulta

⁷ Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022. Código 39002895012004. 22 agosto 2019 —BOC núm. 161. Art. 41.— Desconexión digital: Las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Por ello, salvo causa de fuerza mayor, se reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los e-mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.

muy relativo), ni tampoco si se preservará con más intensidad el derecho para la realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas (tal y como se recoge en el art. 88.3 LOPDPGDD). La inconsistencia de su artículo 41 supone más una mera declaración de intenciones; cosa distinta hubiese sido la inclusión, tras el artículo, de un protocolo extenso con medidas más reales que, en la práctica supondría mayor protección para el trabajador del sector de abogados, procuradores y graduados sociales del territorio de Cantabria.

De modo parecido, sin protocolo ni mayor desarrollo, se manifiesta el Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid⁸. Solamente recoge la intención de fomentar la «desconexión digital» una vez finalizada la jornada laboral. Y no reconoce el derecho como en el caso anterior, aquí solamente se «fomenta» la «desconexión digital», concretando un poco más las herramientas tecnológicas, aunque con cierta desgana añadiendo al final un «etc.»: «no responder al teléfono, correos electrónicos o mensajes profesionales de cualquier otro tipo, etc.». A priori, la utilización del verbo fomentar puede suponer mayor indefensión para los trabajadores del sector que la que podría ser del verbo reconocer utilizado en el convenio colectivo para Cantabria.

Siguiendo con la ristra de convenios colectivos que no virtualizan el derecho de forma completa y detallada, el convenio colectivo de la empresa Philips Ibérica, SAU⁹, para favorecer la conciliación de la vida personal y profesional y garantizar el descanso de los trabajadores, se «reconoce» el derecho para a conti-

⁸ Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM) y las organizaciones sindicales CC OO de Industria de Madrid y Federación de Industria, Construcción y Agro de Madrid de UGT (código número 28003715011982). BOCM 14 feb. 2019. Artículo 51 ter.: Desconexión digital. Se fomentará la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral: no responder al teléfono, a los correos electrónicos o mensajes profesionales de cualquier otro tipo, etc. fuera de su horario de trabajo.

⁹ Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. BOE 8 dic. 2018. (Código de convenio n.º 90014612012003). Artículo 46. Conciliación de la Vida Profesional y Personal. Las partes firmantes del presente Convenio comparten la voluntad de seguir evolucionando en materia de conciliación de la vida profesional y personal mediante la búsqueda e implantación de nuevas fórmulas o mejora de las existentes. Este Convenio establece distintas medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, que forman parte de las medidas de conciliación y del plan de igualdad de la Empresa, y un procedimiento de prevención y denuncia del acoso y discriminación, que se desarrollan en los siguientes artículos. Para favorecer la conciliación de la vida personal y profesional, y garantizar el descanso de los empleados, se reconoce el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral del empleado. Facultad de desconexión de los dispositivos digitales, no responder emails, mensajes y llamadas profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor.

nuación indicar que serán los dispositivos digitales, los emails, mensajes y llamadas de trabajo, las herramientas tecnológicas concretas que tendrá el trabajador para no responder. De nuevo, como en el caso del convenio colectivo de Cantabria, se señala que el derecho dejará de preservarse ante causas de fuerza mayor, pero sin indicar qué causas serán. Por analogía normativa del artículo 35.3 del ET dedicado a las horas extraordinarias, las causas de fuerza mayor están reservadas a la necesidad de reparar, así como prevenir siniestros u otros daños urgentes en los que, por ejemplo, se temen perder materias primas. El legislador, en la génesis de la redacción pensó en el trabajo presencial; a priori resulta difícil considerar que, desde casa, por medio de las herramientas tecnológicas disponibles, se puedan solventar estos casos.

A continuación, la empresa Cash Converters, SL y Sociedades Vinculadas, en su III Convenio Colectivo¹⁰, en atención a su disposición adicional tercera, dedica un apartado exclusivo a la «Desconexión digital», disponiendo, que las partes firmantes del convenio coinciden en la «necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral» continuando en el sentido de que:

Salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, las Entidades incluidas en el ámbito funcional del Convenio reconocen el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo, informando de ello a la estructura de las empresas.

Un contenido muy superfluo que no concreta buenas prácticas o recomendaciones para hacerlo real.

En contraposición, desde un plano más garantista del derecho, se comienza el análisis de los convenios colectivos con una empresa grande de España: la del grupo Repsol. Empresa que cuenta con el IX Acuerdo Marco¹¹ que, entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se encuentra la relativa a los principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo (art. 16.9), en el sentido del artículo 88 de la LOPDPGDD respecto a que la modalidad del ejercicio del derecho ha de potenciar la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Así, bajo este marco:

¹⁰ Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Cash Converters, SL, y Sociedades Vinculadas. Visto el texto del III Convenio colectivo de la empresa Cash Converters, S.L. y Sociedades Vinculadas (Cash Converters España, S.L., Capital Andalucía, S.A. Inversiones Rolimar, S.L., Theam 96, San José Prior, S.L., Salvelucrum, S.L. y Dineo Crédito, S.L.) —Código de convenio: 90100193012014—. BOE 19 agosto 2019.

¹¹ Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol. «BOE» núm. 4, de 4 de enero de 2018, páginas 2270 a 2337. Código de Convenio núm. 90011303011900.

(...) la Mesa de Igualdad del Acuerdo Marco analizará en el seno de la empresa esta materia se identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación.

Literalidad que de forma idéntica aparece también en dos convenios colectivos del mismo grupo de empresa: primero, el XIV Convenio colectivo de Repsol Química, SA y segundo; el Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (respectivamente, en sus puntos 43.8 y 36.8).

Afortunadamente, la Mesa de Igualdad del Acuerdo Marco de Repsol alcanzó dichas buenas prácticas y recomendaciones, conforme al protocolo¹² firmado entre la empresa y los sindicatos CCOO, UGT y STR (Sindicato de Trabajadores de Repsol) a fecha de 28 de noviembre de 2019. Según se extrae del protocolo, las partes firmantes del mismo propondrán a la Comisión negociadora del próximo Acuerdo Marco la incorporación del Protocolo al mismo. Asimismo, según recoge, se promoverá su inclusión en los convenios colectivos/pactos de aplicación de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación.

De este modo, el protocolo de Repsol que afecta a 17.000 de sus trabajadores en España y que se pretende extender a nivel mundial establece, entre otras medidas, el respeto a los tiempos de descanso diario, semanal, permisos o vacaciones. Siguiendo el compromiso asumido en su IX Acuerdo Marco, Repsol:

Tiene interés en fomentar un uso razonable e impulsar una cultura adecuada sobre la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, reconociendo el derecho a la desconexión digital y promoviendo un ambiente de trabajo adecuado y modalidades de relación laboral consecuentes con este derecho.

El fomento del uso razonable y la cultura empresarial que indica, se entiende por medio de la normalización en el uso de las herramientas tecnológicas e, igualmente, en la sensibilización y formación de los trabajadores. Ahora bien, tal y como recoge el protocolo, el ejercicio del derecho puede quedar limitado e inoperativo bajo determinadas circunstancias debidas a la propia actividad de Repsol: se trata de una empresa internacional y, por consiguiente, que cuenta con distintos husos horarios. Igualmente, cuenta con diversidad de sectores y con centros de trabajo y procesos de ciclo ininterrumpido. Así, bajo estas premisas, Repsol, previa audiencia de la parte social firmante del citado Acuerdo Marco, recoge una política interna en materia de «desconexión digital». La política, que puede estar sujeta a revisiones en caso de que alguna de las partes legitimadas lo soliciten, incide en la responsabilidad de los trabajadores, y con espe-

¹² CCOO. Industria Repsol (2019). PROTOCOLO DE DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DEL GRUPO REPSOL. Recuperado de: <http://www.campsared.ccoo.es/fda25c7bb2f350072157f98cb57f9e7d000060.pdf> [Consulta a 17 de junio de 2020].

cial atención al líder como ejemplo de conductas esperadas en esta materia. En efecto, dado que las herramientas tecnológicas permiten una disponibilidad constante tanto horaria como locativa (sin que se contravengan los descansos consagrados en el ET) la predisposición del trabajador a estar siempre pendiente de las TICs es una cuestión a tener muy en cuenta, por lo que, son palabras apropiadas en el protocolo. Y que el líder no sea el primero en escribir o llamar a sus trabajadores.

En concreto, la política interna está compuesta por las siguientes pautas y recomendaciones para posibilitar el ejercicio del derecho a la «desconexión digital» del trabajador fuera de su jornada de trabajo:

Se respetarán los tiempos de descanso diario, semanal, permisos o vacacional. Se evitará en la medida de lo posible el envío de comunicaciones profesionales finalizada la jornada laboral del emisor o la de los destinatarios; en el caso de ser necesario el envío, no se debe esperar una respuesta inmediata.

Si concurren circunstancias que requieran la lectura inmediata por parte del interlocutor se le avisará por cualquier otro medio que le permita al destinatario conocer de su envío (llamada telefónica, mensajería instantánea, etc.).

Se evitarán hacer llamadas telefónicas fuera del horario de trabajo del emisor e interlocutor, salvo que concurren circunstancias que lo justifiquen.

En caso de distintos husos horarios, se tratarán de mantener las comunicaciones en los horarios de solape entre las distintas personas o en el momento más próximo posible a dicho solape.

Se hará un uso racional de las herramientas digitales de trabajo que la Compañía pone a disposición del trabajador. Se evitará en la medida de lo posible el uso de estas herramientas fuera del horario de trabajo de cada empleado, salvo que se den circunstancias que lo justifiquen.

Cuando se envíen correos electrónicos fuera del horario de trabajo, se utilizará preferentemente la configuración de envío retardado para hacer llegar los mensajes dentro del horario laboral del destinatario y se promoverá esta práctica dentro de la organización.

Durante las vacaciones, es recomendable indicar los datos de contacto de compañeros que están disponibles y puedan atender las cuestiones que se requieran en ausencia de la persona trabajadora, creando mensajes de respuesta automática con el contacto de dichas personas.

Resultan recomendaciones y buenas prácticas muy interesantes que pueden tener reflejo en otras empresas, son de destacar por ejemplo, el envío de correos electrónicos fuera de la jornada de trabajo mediante un sistema de envío retardado (de ese modo el trabajador lo recibe a la primera hora laborable), el solape de personas que se comuniquen en los mismos husos horarios o en el momento más próximo posible a dicho solape y para causas de fuerza mayor donde se puede quebrantar el derecho, el interlocutor del mensaje que requiera con urgencia una lectura inmediata del trabajador, utilizará medios más intrusivos que

el del correo electrónico, como ahora llamadas o mensajes instantáneos. En los otros casos extralaborales que no se exija inmediatez ni urgencia, se entiende que las comunicaciones se utilizarán siempre por medios menos intrusivos y molestos; no es lo mismo recibir una llamada telefónica a las 21.00 h (a no ser que lo tenga en silencio, claro) donde se está descansando que un correo electrónico que, perfectamente, lo puede leer y dar contestación en la primera hora del siguiente día laborable.

3. Conclusiones

Como se ha podido comprobar, si bien es cierto que hay que ir al contenido para comprobar si como una suerte de declaración de intenciones se remiten a la normativa (LOPDGDD) o bien son cláusulas garantistas y concretas, es positivo que muchas empresas tengan la intención de proteger a sus trabajadores y que les garanticen el tiempo libre de los trabajadores y que estos puedan descansar y disfrutar tanto de sus permisos como de sus vacaciones de manera íntima y personal. Aun así queda mucho trabajo por hacer, pues hay que ir a la práctica real del cumplimiento del derecho (una cosa es que se establezca por convenio y otra que se cumpla) y conseguir que los empresarios reconozcan que es un verdadero derecho de los trabajadores y que este tiene que ser respetado y garantizado por medio de normas convencionales.

Para llegar a este extremo, las partes legitimadas para negociar los convenios colectivos (patronal y sindicatos) y, que a la postre, redacten una política interna pueden tomar en consideración, alguna de las siguientes medidas que propician el respeto al derecho a la «desconexión digital» de los trabajadores:

- El cierre automático de los servidores de correo electrónico desde que termina la jornada laboral hasta que vuelve a comenzar.
- El establecimiento de periodos horarios en los que queda prohibido el envío de correos electrónicos profesionales entre empleados.
- Recoger una nota recordatoria del derecho a la «desconexión digital» de los trabajadores.
- Concienciación de los empleados en la reducción de envíos de correos electrónicos.
- Promover la comunicación directa entre los empleados.
- Evitar enviar correos con personas incluidas en copia las cuales no están directamente relacionadas con el tema que trata el correo.

Medidas todas ellas de gran utilidad. Ahora bien, es de significar que la mayoría de las empresas la jornada laboral no es la misma para todos los empleados, por lo tanto quizás no es lo más conveniente cerrar el servidor de correo de

la empresa ya que las personas que siguen en su jornada laboral verían dificultado en gran medida su trabajo. Máxime cuando el derecho a la «desconexión digital» no prohíbe al trabajador contestar correos; lo puede hacer sí, objetivamente, así lo considera conveniente.

Respecto a promover la comunicación directa entre los empleados, ayudaría en gran medida a evitar correos o llamadas profesionales fuera del trabajo, sin embargo, la comunicación directa consume mucho más tiempo durante la jornada que los correos electrónicos. Esto se debe a que la gente tiende a alargarse cuando se encuentra cara a cara, y que haya un descenso en la productividad tampoco ayuda a la desconexión puesto que si el trabajo no se finaliza habrá que alargar la jornada para finalizarlo. Por otra parte, en esta línea de la comunicación directa, en ocasiones se olvida lo que a uno le dicen cara a cara, en cambio teniéndolo escrito en un correo electrónico es más fácil recordarlo o marcarlo como pendiente para completar la tarea más tarde. Medidas en definitiva a considerar, pero siempre aclarando todos los extremos posibles.

En cuanto al conjunto normativo actual español: el ET, la LOPDPGDD y el reciente RDLTD, se pueden evidenciar dos situaciones claras: por un lado de manera directa alude el derecho de los empleados a desconectarse digitalmente, fuera de su jornada laboral legal, esto con el fin de que puedan de manera efectiva conciliar su vida laboral y familiar, respetando su tiempo de descanso y por otro lado y sin menor importancia; se evidencia la importancia e imperatividad que otorga dicha ley a los convenios colectivos como mecanismo de inserción al ámbito legal y jurídico de los acuerdos entre trabajadores y empresarios en dicha materia.

Para finalizar, conviene recalcar que, en un futuro muy cercano, el derecho a la desconexión digital va a tener una relevancia precisamente porque la transformación digital de las empresas es inmensa; en tiempos de COVID-19 se potencia más si cabe este uso digital en el trabajo por la falta de actividad en lugares presenciales. Es lógico que este derecho apunta a la dirección de un determinado tipo de sector y de empresas, es decir, aquellas más digitalizadas.

4. Bibliografía

- ALTÉS, J.A. y YAGÜE, S. (2020): «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata. Labos», Vol. 1, N.º 2, pp. 61-87 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539> EISSN 2660-7360 - <http://www.uc3m.es/labos>.
- CCOO. Industria Repsol (2019). PROTOCOLO DE DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DEL GRUPO REPSOL. Recuperado de: <http://www.campsared.ccoo.es/fda25c7bb2f350072157f98cb57f9e7d000060.pdf> [Consulta a 17 de junio de 2020].
- CREMADES, O. (2018): «Impacto teórico-práctico del BYOD en el derecho del trabajo». *RTSS.CEF*, núm. 423 (junio 2018), pp. 103-122.
- FERNÁNDEZ, J.A (2007): «NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora», *op. cit.*, p. 84 y 85.

- GONZÁLEZ, M. (2019): «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance». *Revista de derecho social*, ISSN 1138-8692, N.º 87, 2019, págs. 91-112.
- MONFORTE, J.D. y SALVADOR, N. (2020): «Hiperconectividad digital y salud laboral». *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 9638, 2020.
- SALANOVA, M. *et al.* (2007): «La adicción al trabajo», *NTP 759*, INSHT, 2007.
- TODOLÍ, A. (2017): «El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere». Recuperado de: <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/> [consulta 2 de junio de 2020].
- TORRES, B. (2020): «Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ISSN-e 2282-2313, Vol. 8, N.º. 1, 2020.
- TRUJILLO PONS, F. (2020): *La «desconexión digital» en el ámbito laboral*. Colección Laboral núm. 264, Tirant lo Blanch, Valencia. 166 páginas. 25 septiembre 2020. ISBN: 978-84-1355-912-4.
- UGT (2020): El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y propuestas. Recuperado de https://servicioestudiosugt.com/wp-content/FlowPaper/Publications/200525-Estudios-Teletrabajo-An-lisis-y-propuestas-UGT/assets_zine/material/bttmDownload@2x.png [Consulta a 2 de junio 2020], págs. 18 y 19.

Convenios colectivos analizados

- Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol. «BOE» núm. 4, de 4 de enero de 2018, páginas 2270 a 2337. Código de Convenio núm. 90011303011900.
- Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Cash Converters, SL, y Sociedades Vinculadas. Visto el texto del III Convenio colectivo de la empresa Cash Converters, S.L. y Sociedades Vinculadas (Cash Converters España, S.L., Capital Andalucía, S.A. Inversiones Rolimar, S.L., Theam 96, San José Prior, S.L., Salvelucrum, S.L. y Dineo Crédito, S.L.) —Código de convenio: 90100193012014—. BOE 19 agosto 2019.
- Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. BOE 8 dic. 2018. (Código de convenio n.º 90014612012003).
- Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación de Empresarios del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM) y las organizaciones sindicales CC OO de Industria de Madrid y Federación de Industria, Construcción y Agro de Madrid de UGT (código número 28003715011982). BOCM 14 feb. 2019.
- Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022. Código 39002895012004. 22 agosto 2019 - BOC núm. 161.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE LOS RIESGOS LABORALES EN LA NUEVA ERA DIGITAL

Collective negotiation in the face of occupational risks in the digital age

M.^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

Universidad de Murcia, España

RESUMEN

La nueva era digital ha supuesto grandes cambios en el sistema económico y productivo que comportan nuevos riesgos para la salud de los trabajadores y trabajadoras. Este ensayo, que forma parte del resultado de una investigación más extensa sobre el impacto de la Industria 4.0 en el trabajo¹, pretende analizar el papel que desempeña y puede llegar a desempeñar la negociación colectiva en la prevención de tales riesgos. A tal fin, antes de examinar los instrumentos negociales, es preciso sentar ciertas premisas sobre el Derecho del Trabajo en la que ha sido calificada como industria 4.0, así como considerar cuáles son los riesgos laborales y las medidas de prevención, para finalmente llegar a una serie de conclusiones y propuestas.

Palabras clave: prevención, negociación colectiva, salud, tecnología, digitalización.

ABSTRACT

The new digital era has meant great changes in the economic and productive system that entail new risks to the health of workers. This essay, which is part of the result of a more extensive research on the impact of Industry 4.0 at work, aims to analyze the role that collective negotiation plays and can play in the prevention of such risks. To this end, before examining the collective negotiation, it is necessary to establish certain premises about Labor Law in which it has been classified as Industry 4.0, as well as to consider what are the occupational risks and prevention measures, to finally reach a series of conclusions and proposals.

Keywords: prevention, Collective negotiation, health, technology, digitization.

¹ Esta obra queda enmarcada dentro de los trabajos de investigación desarrollados por la autora en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2018) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia: 20976/PI/18: El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinar.

* **Correspondencia a:** María Belén Fernández Collados. C/ Cuesta del Olivar, n.º 54, 30430 Cehegín (Murcia), España – mbelenfc@um.es – <https://orcid.org/0000-0002-8294-1554>

Cómo citar: Fernández Collados, María Belén. (2020). «La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital»; *Lan Harremanak*, 44, 56-78. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22053>).

Recibido: 22 septiembre, 2020; aceptado: 09 octubre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Aspectos introductorios sobre el Derecho del Trabajo en la era digital

La evolución del Derecho del Trabajo históricamente ha sido coetánea a los grandes cambios tecnológicos, que a lo largo de los tiempos han planteado dos cuestiones básicas: la suplantación de las personas por máquinas y nuevos riesgos para la salud.

Si por algo se distingue la que podría denominarse como nueva era digital, industria 4.0, o cuarta revolución industrial, es porque a diferencia de las clásicas revoluciones industriales, ésta va más allá de la introducción de un mero cambio tecnológico en la producción industrial, no significa sin más el paso del uso de un tipo de energía o tecnología a otro en una industria de características similares a la de la época *fordista*. La digitalización industrial no consiste exclusivamente en la incorporación al proceso industrial de tecnologías como: *Big data*; *Blockchain* o cadena de bloqueo; *Cloud computing* o computación en la nube; Fabricación aditiva o fabricación por adición; Impresión 3D; Inteligencia artificial; Realidad aumentada; Realidad virtual; Ciberseguridad o seguridad en la red; 5G; Robots y robots colaborativos; las redes sociales; y el denominado Internet de las cosas (IoT)... Además, no puede contextualizarse en un único y exclusivo modelo de producción, ni siquiera en un solo modelo de economía, por ello, en términos genéricos, tampoco se puede hablar de una solución global o unívoca aplicable a las nuevas contingencias derivadas de la industria 4.0 en general.

La era digital se caracteriza por la compra-venta *on line*, la sustitución de la inteligencia humana por el Iot, la domótica, la robótica, e incluso por el *big data* —si de lo que se trata es de analizar grandes datos—. Las plataformas digitales están consolidándose en todos los países como una nueva forma de negocio. La «*on-demand economy*» está cada vez más presente y las *rental platforms*, *craft platforms* o *financing platforms* y *gig platforms* forman parte ya desde hace unos años de nuestro modelo económico y social. Se ha normalizado el hecho de acudir a páginas *webs* o *apps* para obtener cualquier tipo de servicio. De hecho, son precisamente los sectores de actividad más tradicionales (restauración, viajes, televisión, transporte...) los que prestan sus servicios a través de plataformas digitales como Uber, Airbnb, Booking.com, TripAdvisor, BlaBlaCar, Glovo, HBO, Netflix, Amazon..., de tal manera que las startups, al igual que la economía colaborativa, o el *crowdsourcing*, han pasado a formar parte de la cotidianidad en la oferta y la demanda de gran parte de los servicios prestados a la comunidad.

En líneas generales, la digitalización industrial comporta la irrupción de un nuevo modelo de organización, la incorporación de sistemas automatizados con los que lograr una producción más eficiente, la reducción de los trabajos manuales a la par que el aumento de los trabajos de dirección y gestión, la flexibilización del horario e incluso del lugar de trabajo como consecuencia del uso de las

nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, una mayor interacción directa con el cliente y transparencia en los procesos. Es más, un elemento común a estas modernas formas de producción y prestación de servicios del siglo XXI es la posibilidad de favorecer la interconexión de personas y cosas, generando un importante volumen y flujo de datos para su agrupamiento, almacenamiento y análisis (Torrecilla García *et al.*, 2019: 30 y ss.).

Como consecuencia de todo ello, y de los propios cambios tecnológicos, vuelve a replantearse como ya ocurriera en cada una de las llamadas revoluciones industriales, además de la aparición de nuevas enfermedades del trabajo, la contundente pérdida de empleos -fundamentalmente en los trabajos menos cualificados-, a lo que se une un nuevo temor: la mayor precarización laboral como consecuencia de la cuasi-desaparición del trabajo dependiente y el crecimiento de los contratos a demanda frente al contrato indefinido.

Con todo, debe partirse de la premisa de que «La tecnología puede destruir empleos, pero no trabajo» (Ruesga, 2019: 259), siendo un hecho incontestable que de los cambios tecnológicos también surgen nuevas oportunidades de negocio hasta hace poco insospechadas, siendo un claro ejemplo en esta nueva era digital, entre otros muchos, el de las *youtubers* e *influencers*.

La prestación de servicios a través de páginas *webs* o *apps*, la también denominada economía de plataformas, puede clasificarse en tres modalidades: economía de plataformas puramente colaborativa; economía de plataformas bajo demanda, que a su vez se puede subdividir en *crowdwork online* y *crowdwork offline* (Todoli Signes, 2017:21); y economía de plataformas de acceso (Martín Muñoz, 2020). En cualquiera de ellas no sólo se ve afectada la relación entre empresa y cliente, también el modelo tradicional de relación entre empresa y trabajador/a, siendo muy difícil de encajar en el concepto clásico de Derecho del Trabajo (Hernández Bejarano, 2016) y en la tradicional distinción entre trabajo autónomo y dependiente, fundamentalmente en las plataformas puramente colaborativas como BlaBlacar (García-Perrote Escartín *et al.*, 2017).

La *platform economy* genera *microworkers* cuyas notas características podrían concretarse en tres (Mercader Uguina, 2017: 613): 1) organización y atribución de tareas a través de algoritmos; 2) transparencia; 3) y ¿cierta autonomía y no exclusividad?. Las dos primeras notas no repercuten en la laboralidad de la prestación del servicio, pues nada obsta a que la planificación y la asignación de tareas se realice a través de un algoritmo capaz de elaborarla más eficientemente, mediante la asignación de las tareas al profesional que en cada momento concreto reúna los requerimientos profesionales y geográficos más apropiados para cubrir las necesidades del cliente y que todo el procedimiento de la prestación de servicios quede registrado, garantizando una transparencia que genera un alto nivel de confianza entre los proveedores de servicios y quienes los reciben. Así pues, es en la autonomía de quienes prestan los servicios donde reside el cuestiona-

miento sobre la laboralidad de la prestación. Aunque depende de la plataforma concreta, puesto que aún con rasgos comunes, cada forma de negocio presenta ciertas singularidades, siendo básico poder determinar si quien presta los servicios puede o no rechazar la tarea encomendada y si tiene o no exclusividad con la empresa.

Los Tribunales se han pronunciado en EE.UU. y en Reino Unido declarando la laboralidad de la prestación de servicios para Uber, entre otros, en el Caso *O'Connor v. Uber Technologies* de 11 de marzo de 2015 del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California y en la sentencia del *Employment Tribunal of London* 26 de octubre de 2016, *Aslam v. Uber*, ampliamente tratados por la doctrina científica nacional (Gutiérrez Arranz, 2016 y Ginés i Fabrellas *et al.*, 2016). Y en España, los Tribunales Superiores de Justicia han estimado la laboralidad de la prestación de servicios, de los denominados *riders* de empresas como Deliveroo [STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 17 enero de 2020 (AS 2020, 534)] y Glovo [STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 25 julio de 2019 (AS 2019, 1826)].

El carácter laboral de las nuevas relaciones en el seno de la industria 4.0 repercute directamente en el objeto de este estudio en el que se enlaza prevención de riesgos laborales y negociación colectiva. Por un lado, porque a los riesgos laborales derivados del uso de las nuevas tecnologías digitales se suman los relacionados con estas nuevas fórmulas de producción, organización y gestión empresarial, y, por otro lado, porque según se trate o no de una prestación de servicios encuadrable en el art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), no sólo se verán condicionadas las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino que, asimismo, tendrán cabida o no un tipo u otro de instrumentos negociales. En este sentido, debe advertirse que, pese a que con base en el artículo 15 de la Constitución española tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Estatuto del Trabajador Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, LETA en adelante), reconocen el derecho a la protección de los trabajadores y establecen un marco normativo aplicable en materia preventiva, éste es muy diferente en ambos supuestos y comporta significativas diferencias en el nivel de protección (Rodríguez Egío, 2018: 504-505). Por otra parte, mientras que a las prestaciones laborales se les aplicaría el convenio colectivo, si bien, lo cuestionable es determinar el convenio que les resulta de aplicación, dada la baja probabilidad de que las plataformas digitales negocien un convenio colectivo de empresa, a las relaciones laborales autónomas económicamente dependientes, les serían de aplicación los acuerdos de interés profesional, como los suscritos por la empresa Deliveroo con la Asociación Española de Rider Mensajero (ASORiders) en 2018 y con la Asociación Autónoma de Riders (AAR) en 2019, pero ¿qué ocurre con las prestaciones de servicios por trabajadores/as autónomos/as?

Una parte de la doctrina científica sostiene que actualmente la normativa laboral y de seguridad social nacional carece de un marco regulador suficiente donde encuadrar las nuevas formas de trabajo y la incipiente incorporación de la inteligencia artificial propia de la era digital (Sierra Benítez, 2015: 93-118) y se debate entre quienes estiman que la solución pasa bien por la creación de un nuevo y específico marco jurídico para estas actividades (Mercader Uguina, 2017: 114), bien por la adaptación del existente a través de una relación laboral especial atendiendo a sus particularidades (Todolí Signes, 2017: 76)), e incluso entre quienes entienden que no es preciso un nuevo marco jurídico, ni una relación especial, sino que basta con adaptar los elementos que configuran la relación jurídico laboral a estas nuevas realidades (Jover Ramírez, 2018).

En cualquier caso, en plena era digital el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo debe continuar prevaleciendo y el papel de la autonomía colectiva sigue siendo clave en la regulación del trabajo y en la prevención de los riesgos laborales. Si bien, la negociación colectiva tiene un difícil encaje en el seno de la *gig-economy*, al debatirse la dependencia en la prestación de los servicios, y en determinados casos hasta la ajeneidad o la retribución. Igualmente, la digitalización afecta directamente a la deslocalización productiva e influye de manera contundente en la representación sindical y por ende en la negociación colectiva, dado que sigue siendo un reto del Derecho del Trabajo español que se tome en consideración como factor de regulación individual y sindical el lugar de trabajo o el trabajo sin lugar, y se abandone el centro de trabajo como eje hegemónico del sistema jurídico (Lahera Fortaleza, 2019: 24-25).

No obstante, «el grado de digitalización de las empresas españolas es muy deficitario, tanto en términos de implantación, uso y aprovechamiento de las TIC², como de inversión en I+D+i» (Varela Ferrío, 2019: 30), una situación que se ha puesto de manifiesto durante el confinamiento por la crisis de la COVID-19. En España, las empresas caracterizadas por la fusión de las tecnologías de la comunicación, el uso de internet y de las nuevas tecnologías no han sido reemplazadas por la industria digitalizada, que se está implantando en sectores muy determinados, de manera que ambas modalidades conviven y no parece que, por lo menos en un corto espacio temporal, vaya a ser sustituido un modelo de producción por otro.

En definitiva, esta investigación parte de las siguientes premisas: que la industria digital no sólo conlleva el empleo de nuevas tecnologías en la producción, también un cambio en el modelo de organización y gestión empresarial que tiene una clara influencia en la salud de los trabajadores y trabajadoras; que no hay un patrón único de producción característico de la era digital, lo que

² Tecnologías de la Información y la Comunicación. NTIC: nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

complica sobremanera el tratamiento de la seguridad y salud laboral en la industria 4.0 en términos genéricos; que una de las características de la *gig-economy* es su pretendida huida del Derecho del Trabajo; que la negociación colectiva ha de salvar ciertas dificultades para regular el trabajo en la era digital; y que la digitalización de la industria española es mucho más lenta que la de otros países³. Y una vez sentadas tales premisas como base de la investigación, el siguiente objetivo es analizar los riesgos laborales derivados de la digitalización industrial y cuál está siendo el papel de la negociación colectiva, con el fin de poder extraer conclusiones y hacer propuestas *ad futurum* que puedan contribuir a la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras.

2. Los riesgos laborales derivados de la digitalización industrial y las posibles medidas de prevención

La aplicación de las NTIC en el ámbito laboral reporta grandes beneficios al sistema productivo, entre otros: facilita el trabajo, favorece niveles de productividad y eficiencia impensables en otros tiempos..., pero, como todo, también presenta «otra cara», que se traduce en nuevos retos para la salud y el bienestar en el trabajo (Fernández Avilés, 2017: 73 y ss.).

Por todos es conocido que la transformación de los sistemas productivos lleva aparejada la evolución también de los riesgos laborales, de manera tal que los riesgos emergentes pasan a ser una nueva realidad e irrumpen otros hasta la fecha desconocidos.

A grandes rasgos, podría decirse que en la industria del siglo XIX los riesgos laborales estaban más focalizados en las condiciones de higiene, que fueron mejorando con una considerable regresión de las enfermedades profesionales. También en el siglo XX, la mecanización de los procesos industriales y la incorporación de maquinaria más segura, supuso una importante optimización de las condiciones de seguridad y la disminución de los accidentes de trabajo. De manera tal, que desde finales del siglo XX y principios del XXI, aun sin descuidar la higiene y la seguridad industrial, el foco de atención se centra en los riesgos ergonómicos y psicosociales, ligados al uso de las tecnologías de la información y la comunicación, a las nuevas formas de organización del trabajo y la digitalización de la producción industrial y el intercambio de bienes y servicios.

Los trabajadores y trabajadoras de los entornos vinculados a la digitalización industrial están expuestos a nuevas tecnologías que conllevan riesgos práctica-

³ En España el porcentaje de empresas que utilizan la inteligencia artificial está muy por debajo de la media europea según el informe Ipsos para la Comunidad Europea.

<https://www.elcomercio.es/tecnologia/inteligencia-artificial-empresas-20200803073103-ntrc.html>

mente desconocidos, como son los derivados de la impresión 3D, la implementación de la nanotecnología, la fabricación de semiconductores y otras técnicas novedosas. No obstante, como ya se ha señalado, en plena era digital, la ergonomía y psicología del trabajo adquieren un papel fundamental. Si bien, dichos riesgos no provienen en sí de la incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones laborales, sino de la inadecuada gestión y uso de esas tecnologías por parte de la organización empresarial (González Cobadela, 2019: 88).

Aunque como se indicó, en el siglo XXI no puede hablarse de un modelo único de producción o de empresa, sí que de forma muy genérica pueden delimitarse algunos de esos riesgos —básicamente psicosociales— asociados al uso de las nuevas tecnologías propias de la era digital.

Con carácter general, los factores de riesgo imperantes en la era digital son los referentes a las condiciones y gestión del trabajo, los aspectos organizacionales, los derivados de las nuevas formas de trabajo asociadas al *ework*, las plataformas digitales, el trabajo *crowdsourcing* (González Cobadela, 2019: 97 y ss.)... E incluso, el hecho de que en los modernos modelos de organización empresarial los empleados y empleadas se vean más implicados en la toma de decisiones y asuman nuevas responsabilidades y nuevas dinámicas requeridas por las interfaces humano-máquina (Torrecilla García *et al.*, 2019: 47).

Por un lado, como ya aconteció con otros cambios tecnológicos, el empleo de los dispositivos móviles y de las NTIC, junto a los riesgos físicos (molestias oculares y problemas de visión, fatiga muscular, inflamaciones de articulaciones y tendones...), conllevan otros riesgos de carácter psíquico, derivados del esfuerzo en la adaptación a los nuevos métodos y herramientas de trabajo, de la sustitución de determinados puestos de trabajo por aplicaciones informáticas, así como de la obsolescencia de las capacidades formativas en un entorno laboral en constante evolución. Todo ello sin obviar los que podrían calificarse de riesgos «tradicionales» o la reconversión de esos riesgos clásicos conforme a las nuevas formas de producción.

Por otro lado, la prestación de servicios a través de páginas *webs* o *apps*, el teletrabajo, la deslocalización del lugar de trabajo o la consolidación de la empresa «panóptica» (Mercader Uguina, 2018)⁴, entre otros factores, acarrearán una constante disponibilidad sin una clara delimitación entre la vida personal y laboral, un ritmo de trabajo difícilmente controlable, la prolongación de la jornada de trabajo, la multitarea propia del empleo de las nuevas tecnologías y su apre-

⁴ Término acuñado por Mercader Uguina que se refiere al «control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet; el impacto de las redes sociales o, en fin, la enorme proyección que sobre lo laboral comienzan a tener las técnicas del Big Data».

mianente necesidad de respuesta, así como un aumento de la dependencia del uso de esos dispositivos, a lo que ha de sumarse el alto grado de exigencia que impone un sistema productivo en el que la actividad humana es cada vez más indispensable (Meléndez Morillo-Velarde, 2016).

El uso de las NTIC está muy relacionado con la adicción al trabajo (*workaholic*), caracterizada por una excesiva dedicación al mismo, hasta el punto de convertirlo en el único objetivo vital, que, junto a la nomofobia, o miedo irracional a estar sin teléfono móvil o a estar desconectado, constituyen algunos de los riesgos laborales más en auge en el ámbito de la *gig-economy*, fundamentalmente en el caso de los denominados *e-nómadas*, que por las características de organización y gestión de su actividad laboral y su desarrollo en espacios virtuales, quedan sometidos a una constante disponibilidad y conectividad, lo que conduce a que la tecnología haya «invadido su vida profesional y personal con un horario de trabajo que no tiene hora de fin establecida», borrándose totalmente la línea que separa la vida personal y profesional (Álvarez Cuesta, 2017).

Los tradicionales riesgos psicosociales como el desgaste profesional o síndrome del quemado (*burnout*), la violencia en el trabajo o el acoso laboral, adquieren nuevos tintes en la era digital. Así pues, el impacto del acoso puede ser muy superior a través de las redes sociales y el ciberacoso, y en el ejercicio de la violencia en el trabajo se amplían los posibles sujetos activos, por ejemplo, en el caso de las plataformas digitales de trabajos a demanda, ésta puede llegar a ser ejercida por los propios clientes, de los que depende la valoración del trabajo realizado, que repercute en la asignación de otras tareas y/o de la retribución.

En el seno de la industria 4.0 el estrés laboral muta en el denominado tecnoestrés⁵ y sus derivados: tecnoansiedad, tecnofatiga y tecnoadicción, se erigen como el principal riesgo psicosocial proveniente de la digitalización laboral. La tecnoansiedad supone el rechazo o actitud negativa hacia las nuevas tecnologías, entre otras razones, por la falta de adaptación a las mismas, mientras que la tecnofatiga, no deriva necesariamente del rechazo hacia las NTIC, sino del cansancio mental por su uso continuado, sin perjuicio de que pueda verse afectado también por cierto escepticismo sobre su eficacia. Por el contrario, la tecnoadicción es propiciada por el exceso en el empleo de las NTIC que desemboca en una imperante necesidad y en la pérdida de control en su uso (Fernández Martínez, 2019).

Estas fórmulas de tecnoestrés están estrechamente vinculadas a la alteración de los ritmos de trabajo como consecuencia del empleo de las NTIC. Con las NTIC se aceleran los tiempos de recepción de información y respuesta, favore-

⁵ El concepto de tecnoestrés proviene del psiquiatra norteamericano Craig Brod, quien, en 1984, en su libro *Technostress: The Human Cost of the Computer Revolution*, se refiere a él como «una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable».

ciendo la «infobesidad» o «infoxicación». El exceso de información proveniente de diferentes fuentes digitales es, además, en muchos casos irrelevante, complicándose la tarea de filtrarla y analizarla para tomar decisiones de manera eficiente (Fernández Avilés, 2017: 74).

Circunscribiéndonos exclusivamente a la prestación de servicios a través de las plataformas digitales de trabajo a demanda, se han señalado como principales riesgos laborales (Mella Méndez, 2020):

- La inseguridad jurídica derivada de la anomia laboral propia de las plataformas y que supone una evidente fuente de conflictos entre la plataforma y el trabajador, respecto a la naturaleza jurídica de su vínculo, y entre la plataforma y los empresarios tradicionales del sector en el que opera haciéndoles competencia (sirva de ejemplo el conflicto entre Uber y el sector tradicional del taxi).
- La inseguridad personal y laboral intrínseca a la fisionomía del trabajo en las plataformas digitales (no se contratan trabajadores sino prestaciones de servicios, lo que supone una búsqueda permanente de tareas, la necesidad de compatibilizar diferentes trabajos y la competencia entre trabajadores por la asignación de tareas).
- Los derivados del empleo de las NTIC, tanto de carácter psíquico (tecnoadicción, tecnofobia, tecnoansiedad...), como de carácter físico (trastornos oculares, musculoesqueléticos...).
- La precariedad de las condiciones laborales, asumiendo el propio trabajador los costes de ejecución del trabajo e incluso las condiciones de seguridad y salud laboral.

Las medidas de prevención para luchar contra los riesgos laborales propios de la industria 4.0 son tan diversas como los propios riesgos para la salud laboral: desde la inclusión de los factores de riesgo en las evaluaciones, la adecuada formación e información al trabajador/a, el establecimiento de una política clara sobre el control empresarial a través de las nuevas tecnologías, la implantación de protocolos contra el estrés, el tecnoestrés y la tecnoadicción... Pero sin lugar a dudas, la medida de prevención de riesgos laborales por excelencia contra el tecnoestrés es la desconexión digital en cualquiera de sus vertientes, desde establecer unos periodos de descanso durante la propia jornada laboral, hasta respetar los tiempos de descanso del trabajador. Su regulación legal, prevista en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD, en adelante), es importada del ordenamiento jurídico francés⁶ que, en agosto de 2016, reconoce el derecho a la desco-

⁶ LOI n.º 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n.º 0184 du 9 août 2016.

nexión digital, así como el deber de negociar las modalidades de su pleno ejercicio por el trabajador. En la misma línea que su homónimo francés, el art. 88 LOPD, aunque reconoce el derecho a la desconexión digital⁷, encomienda a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, las modalidades de su concreto ejercicio, abriéndose un debate sobre su «escaso contenido obligacional», al no establecerse ningún régimen subsidiario en defecto de acuerdo (Moreno Vida, 2019: 177), puesto que «por muy potente que sea nuestra estructura de la negociación colectiva, siempre existirán vacíos de cobertura» (Cruz Villalón, 2019: 23).

Con todo, debe seguir incidiéndose en que, pese a la constante evolución en la protección de los riesgos psicosociales, la normativa de Seguridad y Salud Laboral sigue centrándose fundamentalmente en la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, puesto que se elaboró en función del modelo productivo tradicional (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 134). Es por ello que los instrumentos tradicionales del ámbito de la prevención de riesgos laborales no son suficientes para hacer frente a los nuevos riesgos propiciados a raíz de la incorporación de las NTIC al trabajo. La normativa habría de evolucionar desde una perspectiva meramente protectora hacia otra centrada en la promoción del bienestar de las personas trabajadoras (Fernández Martínez, 2019).

No obstante, uno de los mayores escollos a los que se ha de hacer frente en la prevención de riesgos laborales en la era digital es, precisamente, la calificación jurídica de las prestaciones de servicios a través de las NTIC como las plataformas digitales, la huida del Derecho del Trabajo a la que se ha hecho referencia como una de las características de la *gig-economy*. El nivel de protección en materia de seguridad y salud del trabajo autónomo es notoriamente inferior respecto del grado de protección reconocido a las personas que trabajan por cuenta ajena (López Rodríguez, 2019). Y es que pese a las previsiones del art. 8 y la disposición adicional duodécima de la LETA, dicha Ley no recoge expresamente los deberes relativos a la evaluación de riesgos, a la planificación de la prevención o a la gestión de la misma, obligaciones que, sin embargo, son esenciales para llevar a cabo auténtica labor de prevención de riesgos laborales (Rodríguez Egio, 2018: 517). Además, la calificación jurídica de los prestadores de servicios como trabajo por cuenta ajena conlleva la operatividad de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en adelante)⁸ y de su normativa de desarrollo, debiendo asumir el empresario la obligación de prote-

⁷ Sobre la regulación francesa y la italiana *vid.* Taléns Visconti, E.E. (2018): «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 4, (BIB 2018/8599).

⁸ Debe tenerse en cuenta que la LPRL alude explícitamente a los trabajadores autónomos en dos preceptos: el art. 15.5 en referencia a la posibilidad de concertar operaciones de seguro con el fin de garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo; y el art. 24 para establecer los derechos y deberes en materia de coordinación de actividades empresariales.

ger eficazmente a los trabajadores de los riesgos laborales, pudiendo afirmarse que, en la actualidad, sigue sin existir en el ordenamiento jurídico español un marco normativo suficiente que garantice a los trabajadores y trabajadoras autónomas una protección adecuada de la seguridad y salud en el trabajo (Fernández Avilés *et al.*, 2018: 109).

3. El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales en la industria digitalizada. La desconexión digital

El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20/06/2015), prorrogado por el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 18/07/2018), con el objeto de impulsar el empleo de calidad y con derechos, propugna que los convenios colectivos contemplen, entre otros objetivos fundamentales, la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales y en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Sin perjuicio de que, como ya se ha puesto de relieve una y otra vez, las nuevas formas de trabajo enmarcadas en la *gig-economy* pretendan quedar fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, e incluso del difícil encaje de estos modelos de negocio en la vigente articulación de la normativa reguladora de la acción colectiva (Guerrero Vizuete, 2019: 274), el doble carácter de los instrumentos negociales, como fruto de la autonomía colectiva de las partes, pero con eficacia jurídica, otorga a la negociación colectiva un papel privilegiado a la hora de «adaptar» a las características de cada empresa o sector las emergentes necesidades en materia de seguridad y salud laboral derivadas de la incorporación de las NTIC. Se arguyen, entre otros muchos motivos (Meléndez Morillo-Velarde, 2016): su función como norma reguladora de las condiciones laborales en un ámbito concreto; su capacidad para la adaptación de las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las características del sector de la producción o de la organización empresarial en el que será de aplicación a través de quienes mejor conocen las necesidades preventivas en ese ámbito; y su carácter temporal, que permite su actualización en referencia a los cambios normativos, a los acontecidos en el propio sistema productivo, e incluso a la aparición de nuevos riesgos producidos como consecuencia de esas novedades operadas en el tradicional sistema de producción.

Son muchos los aspectos en los que la negociación colectiva está llamada a mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores (Aguilar Martín, 2017: 255 y ss.): vigilancia de la salud (regulando el controvertido tema de la voluntariedad de los reconocimientos médicos, las posibles sanciones a este respecto, o las pruebas concretas que han de realizarse según el tipo de activi-

dad...); formación (por ejemplo, definiendo qué ha de entenderse por formación suficiente y adecuada según el puesto de trabajo); participación de los trabajadores (delimitando un modelo que facilite la «prevención participada»); información y consulta a los trabajadores (propiciando a través de este medio una política de comunicación interna definida y con objetivos concretos que incluyan los temas de salud); promoción de la salud (las posibilidades en este campo son ilimitadas, ya que tendrían cabida todo tipo de cláusulas que contribuyan a la promoción de un estilo de vida saludable en su concepción más amplia); y desde la entrada en vigor de la LOPD —e incluso antes— la desconexión digital.

Del estudio de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales durante los primeros años de la década del siglo XXI (2000-2010), se concluye que no son muchos los convenios colectivos que regulan la prevención de riesgos laborales, y que la mayoría, tan sólo se limitan a realizar una mera remisión o reproducción literal de la normativa vigente, así como a enunciar compromisos genéricos de carácter programático, renunciándose a acometer medidas singulares que conviertan esas declaraciones de intenciones en actuaciones concretas, y obviándose la labor de concreción de las obligaciones genéricas impuestas al empresario en la normativa (Meléndez Morillo-Velarde, *et al.*, 2011: 288 y ss.). Una situación que poco dista de la actual, en la que si bien ha aumentado considerablemente el número de convenios que incluyen alguna cláusula referida a la prevención de riesgos laborales, siguen sin hallarse muchas referencias negociales en materia de seguridad y salud laboral que vayan más allá de una simple declaración de principios, o de una reiteración de lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que, en muchos casos, en una labor de síntesis mal entendida por los sujetos negociadores, aportan más bien confusión⁹.

En ese mismo estudio, referido a los años 2000-2010, también se concluye que las previsiones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales sobre la introducción de nuevas tecnologías en el proceso productivo son muy escasas, sumamente genéricas, y que están orientadas exclusivamente a la necesidad de prestar una especial atención a tales cambios y de vigilar de un modo particular la salud de los trabajadores que presten sus servicios en terminales de ordenador (Meléndez Morillo-Velarde, *et al.*, 2011: 289 y 290). Estudios más recientes aprecian una creciente intervención de los interlocutores sociales en la negociación en materia de prevención de los riesgos psicosociales, con especial atención a la prevención y tratamiento del acoso y de la violencia en el lugar de trabajo,

⁹ Una excepción es el Anexo I del CC Salas de Bingo de Alicante (BO. Alicante 10/05/2016), en el que se enuncian una serie de criterios y recomendaciones en materia de prevención de riesgos laborales provenientes del Proyecto IS-058/2004 financiado por la Fundación de Prevención de Riesgos Laborales, realizado por la Confederación Española de Juego (CEJ) y los Sindicatos UGT y Comisiones Obreras.

pero siguen demandando una mayor atención a la prevención de los riesgos psicosociales vinculados a las nuevas tecnologías (Meléndez Morillo-Velarde, 2016).

Así pues, partiendo del hecho constatado de que la negociación colectiva no ha llegado a explotar las múltiples posibilidades que le ofrece el sistema en materia de prevención de riesgos laborales y las nuevas tecnologías, sin ánimo de exhaustividad, pero incidiendo en la carestía de convenios colectivos que atienden de un modo concreto la seguridad y salud laboral en relación con el empleo de las NTIC, así como en la incipiente —y cada vez más frecuente— regulación de la desconexión digital, a continuación van a reseñarse unos instrumentos negociales que pueden servir de ejemplo de la práctica negocial en esta materia.

Hay convenios, como el VIII Convenio colectivo estatal del corcho¹⁰, que simplemente se limitan a recoger la obligación de información y consulta a los trabajadores «relativa a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo» (art. 114).

Mención especial merece el XIX Convenio colectivo general de la industria química¹¹, que prevé, entre otras medidas, la necesidad de que cualquier ampliación o modificación del proceso productivo que implique la incorporación de nuevas tecnologías respete el principio de mejora de la salud y seguridad de los trabajadores, y que cuando se implante una nueva tecnología se apliquen las técnicas de protección oportunas. Asimismo, establece «como prioritarias la promoción e intensificación de acciones organizativas, formativas e informativas de signo prevencionista que permitan al personal acomodarse a los cambios organizativos que las nuevas tecnologías puedan traer consigo preservando su salud física, mental y social, entendida como el concepto integral formulado por la Organización Mundial de la Salud», y prescribe la obligación de información y consulta al Comité de Seguridad y Salud Laboral, «respecto de todas aquellas decisiones relativas a la tecnología y organización del trabajo que tengan repercusión sobre la salud física y mental del trabajador, con carácter previo a su implantación».

Entre los pocos convenios colectivos que de alguna manera regulan aspectos de la prevención de riesgos laborales propios de la digitalización, puede reseñarse el Convenio colectivo para la industria fotográfica (2017-2018-2019)¹²,

¹⁰ BOE 14/05/2020.

¹¹ BOE 08/08/2018.

¹² BOE 22/08/2017.

cuyo art. 15.4 señala que «el trabajo de terminales de ordenador, pantallas de grabación y pantallas de vídeo, conlleva unas características que pueden derivar en situaciones de estrés, y otras enfermedades laborales. Para lo cual los trabajadores que prestan sus servicios en cualquiera de estos puestos de trabajo deberán tener la posibilidad de un sistema de organización del trabajo que les permita poder intercalar sus diferentes funciones con el fin de no permanecer demasiado tiempo continuo frente a la pantalla, facilitando así la disminución del riesgo a los trabajadores. Además, los trabajadores que realicen trabajos en este tipo de puestos pasarán una revisión médica especialmente concebida para el puesto que desempeñan (Oftalmología, Traumatología, etc.) que se realizará como mínimo cada año y correrá a cargo de la empresa». A cuyo tenor literal, el art. 76 del Convenio colectivo nacional de prensa no diaria¹³ añade, con muy buen criterio, un descanso de quince minutos, por cada dos horas de trabajo en videoterminal o pantallas de grabación. Un descanso que no podrá ser acumulado y que en todo caso tendrá la consideración de trabajo efectivo para el cómputo de la jornada, si bien, se admite la posibilidad de que durante este período se puedan desempeñar otras tareas siempre que estén dentro de su competencia. En la misma línea, el VII Convenio colectivo de Diario ABC, SL¹⁴, en el art. 61 señala que «La Dirección de la Empresa procurará que la organización del trabajo en todos los puestos con videoterminal esté programada de tal manera que permita sustituir la actividad en el videoterminal por otra distinta dentro de su trabajo», pero a diferencia de lo previsto en el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria, el periodo de descanso previsto es de diez minutos dentro de cada hora de trabajo efectivo ante dicho videoterminal, y sólo se disfrutará en aquellos supuestos en los que la organización del trabajo impida la realización de actividades alternativas al trabajo ante el videoterminal. Asimismo, en su art. 60, el VII Convenio colectivo de Diario ABC, SL dispone que el Comité de Seguridad y Salud en el trabajo, conforme al art. 18.2 LPRL respecto a los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, y al art. 39.2.b), realizará «con una periodicidad semestral visitas y revisiones de los puestos de trabajo en videoterminal o que revistan un especial riesgo auditivo en sus respectivos centros de trabajo, de cara a proponer en su caso las medidas correctoras adecuadas».

Por su parte, el art. 58 II Convenio colectivo estatal del sector de *contact center* (antes *telemarketing*)¹⁵ establece un listado mínimo de factores de riesgo que habrán de considerarse en la evaluación de riesgos y entre los que contempla los «Factores ergonómicos: aplicación de la Guía técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene para la evaluación de puestos de trabajo con pantallas de

¹³ BOE 23/12/2013.

¹⁴ BOE 27/02/2020.

¹⁵ BOE 12/7/2017.

visualización; orden y limpieza; esfuerzos físicos que conllevan fatiga; listados de ordenador y documentos con caracteres de dimensión insuficiente y con espacios entre renglones insuficiente» y los «Factores psicosociales y de organización: pausas en el trabajo; tiempo entre llamadas inferior a 23/35 segundos en puestos de remarcación automática; fatiga y efectos negativos asociados por exigencias de la tarea de tipo físico y mental; conocimiento y claridad de los procedimientos de trabajo y su supervisión; conocimiento y claridad de las pautas a seguir en la gestión requerida por el cliente; horarios y turnos de trabajo que interfieran negativamente en la vida familiar». Y su art. 57 entre las medidas mínimas de vigilancia de la salud alude a la «Aplicación del protocolo de reconocimientos médicos para personas usuarias de pantallas de visualización del Ministerio de Sanidad, con especial valoración de los riesgos que puedan afectar a trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, y personas especialmente sensibles a determinados riesgos. (Cuestionario de función visual; reconocimiento oftalmológico; cuestionario de síntomas osteomusculares; examen del sistema osteomuscular; cuestionario de características de la tarea; cuestionario de la valoración de la carga mental)».

Como puede apreciarse en los ejemplos de negociación colectiva aludidos, la mayoría, en sintonía con lo expresado por Mella Méndez sobre las posibilidades de la negociación colectiva a este respecto, buscan dar cumplimiento al principio de la «prevención participada» en la empresa —previsto en la normativa de seguridad y salud laboral—, o garantizar la información, consulta y participación de los trabajadores/as ante los cambios tecnológicos y organizativos, con el objeto de garantizar la transparencia e implicación del personal para el eficaz y seguro funcionamiento e implementación de los mismos (Mella Méndez, 2020). Sin embargo, quedan por explorar otras muchas opciones, fundamentalmente en el marco de la vigilancia de la salud, como la previsión de pruebas específicas atendiendo a los riesgos generados por el empleo de las NTIC para el desarrollo de la prestación laboral, y, sobre todo, de la formación en el uso de las NITC con el objeto de evitar el tecnoestrés y sus derivados. Por el contrario, sí que hay un tema de la prevención de riesgos laborales derivados del uso de las NTIC cuya regulación está en alza, y es el de la desconexión digital.

La desconexión digital es una obligación empresarial, que para el empleado no sólo ha de traducirse en un derecho, también en un deber, evitando así el «vampirismo adictivo» a la tecnología en tiempo de descanso por motivos «profesionales», el *workaholics* (Purcalla Bonilla, 2019). Aunque, como se verá, no está claro que en el ordenamiento jurídico español haya sido así concebido.

Antes incluso de su reconocimiento legal en España, ya el Convenio colectivo del Grupo Axa¹⁶, en su art. 14, tras una especie de exposición de motivos

¹⁶ BOE 10/10/2017.

sobre la incidencia de los cambios tecnológicos y el fenómeno de la «interconectividad digital», reconoce el derecho de los trabajadores de AXA a no responder los *emails* o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales¹⁷. Del mismo modo, el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal¹⁸, en su anexo III, y como parte del plan de igualdad, entre las áreas de intervención para la consecución de los objetivos de dicho plan, dispone que «Las Partes valoran, como medida que promueve la efectiva conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la denominada «desconexión digital» aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y *tablets* con conexión de datos y ordenadores portátiles, compartiendo que su utilización no ha de ser motivo ni argumento para la extensión de la jornada laboral, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de los trabajadores y trabajadoras». El art. 16.10 del Convenio colectivo de la empresa EUI Limited Sucursal España¹⁹, en el precepto dedicado a la jornada, con base en «la necesidad de poner límites entre el trabajo y la vida privada», pero «sin limitar las ventajas del trabajo flexible (FlexiTime) establecido para las áreas de soporte a negocio actuales y cualesquiera que puedan ponerse en marcha en el futuro», reconoce «el derecho de todos/as sus trabajadores/as a la desconexión digital y/o a cualquier tecnología de comunicación (teléfono, canales de mensajería, correos electrónicos, video-llamadas, y cualquier otro medio implantado en la empresa o al que estén acostumbrados los/as trabajadores/as) para garantizar el respeto al tiempo de descanso y/o vacaciones de todos/as sus trabajadores/as después del final de su jornada de trabajo». También el art. 65 del Convenio colectivo de la empresa Barcelona Cicle de L'Aigua S.A. (BCASA)²⁰ se expresa en términos muy similares al resto de instrumentos negociados mencionados, pero a diferencia de éstos, su virtualidad reside en que el tratamiento del tema no se realiza exclusivamente desde la óptica de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sino, más ampliamente, desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo (Barrios Baudor, 2019).

¹⁷ «Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la «interconectividad digital» está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo. En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras. Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo».

¹⁸ BOE 18/01/2018.

¹⁹ BO de la Provincia de Sevilla 21/08/2018.

²⁰ BO de la Provincia de Barcelona, 18/04/2018.

Tras la entrada en vigor del art. 88 LOPD, en el que se reconoce el derecho a la desconexión digital, pero se encomienda a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, las modalidades de su ejercicio, cada vez son más los convenios colectivos que pretenden hacer efectivo el derecho a la desconexión digital, pudiendo distinguirse, con carácter general, entre una regulación más genérica con ciertos resortes más programáticos que efectivos en el ámbito de sector y más precisa en el de empresa.

Los convenios colectivos de empresa, como los convenios colectivos Servicios Dix 2012, SL.²¹ y Grupo Selecta (AB Servicios Selecta España, SLU, *Acorn Spain* 1, SL y *Servecave*, SL)²², concretan el ejercicio del derecho a la desconexión digital como el derecho a no responder llamadas de teléfono, *whastapp*, correos... durante el tiempo de descanso, salvo fuerza mayor, o circunstancias excepcionales ligadas a necesidades de prestación de servicio a clientes. Algunos, como el art. 78 Convenio colectivo *Carlson Wagonlit* España, SLU²³ especifican el espacio temporal de referencia como «el tiempo de descanso entre jornadas y de descanso semanal, así como en los períodos de vacaciones de los trabajadores o cualesquiera otros períodos de permisos retribuidos o días libres de conformidad con la legislación vigente», o como el art. 20 Convenio colectivo Servicios Dix 2012, SL.²⁴, encomiendan a la comisión paritaria la vigilancia en la implantación de esta medida. Otros convenios, menos explícitos, únicamente prescriben un compromiso *ad futurum*, como por ejemplo el Convenio colectivo de Michelín España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo)²⁵, cuyo art. 24, prescribe la obligación de crear durante la vigencia del convenio una Comisión «con el objeto de avanzar» en el ámbito de la desconexión digital. Más extensamente, el art. 21.3 del Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU²⁶, tras afirmar que «la desconexión digital es un derecho cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras disminuyendo, entre otros, la fatiga tecnológica o el estrés; y mejorando, de esta manera, el clima laboral y la calidad del trabajo» y que «la desconexión digital es además necesaria para hacer viable la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando así las diferentes medidas reguladas en esta materia», reconoce el derecho y concede a las partes firmantes un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor del convenio para el desarrollo «de los criterios para el ejercicio del derecho a la desconexión digital en los que, al menos, se especificarán las modalidades del ejercicio al derecho a la desconexión, especialmente

²¹ BOE 04/02/2020.

²² BOE 30/01/2020.

²³ BOE 27/02/2020.

²⁴ BOE 04/02/2020.

²⁵ BOE 03/07/2020.

²⁶ BOE 30/07/2020.

en los supuestos de trabajo a distancia o en el domicilio particular» y regular el «derecho a la desconexión en aquellos otros casos en los que la prestación laboral exija disponibilidad o realización de guardias fuera del horario laboral establecido, así como de las personas que trabajan en plataformas digitales online, cuando existan estas formas de prestación laboral en las empresas del sector».

Las cláusulas negociales en el ámbito de sector suelen ser algo más inespecíficas que las de empresa. Tal es el caso del Anexo V del Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio²⁷, en el que viene a reiterarse lo dispuesto en el art. 88 LOPD, con alguna salvedad, como la advertencia de que las empresas no podrán tomar medidas sancionadoras contra quienes hagan uso efectivo de su derecho a la desconexión digital implantado en el seno de la empresa, tal y como hace el art. 48 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM)²⁸, o la extensión del derecho a las personas que ocupen puestos directivos, como en el art. 16 del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines²⁹.

Especialmente amplia es la redacción del art. 89 del Convenio colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid³⁰, del art. 95 del Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios³¹, del protocolo de actuación para la desconexión digital del Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL³², y en menor medida, del Anexo 9 del Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas³³. En líneas generales se sigue un mismo patrón, que puede ejemplificarse con el art. 95 del Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios³⁴, que proclama el «derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» y se compromete a la elaboración de una política interna «dirigida a las personas trabajadoras, incluidas las 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», con particular atención a los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia. Asimismo, se reconoce el derecho a «no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere

²⁷ BOE 11/03/2020.

²⁸ BOE 19/12/2019.

²⁹ BOE 20/08/2019.

³⁰ BO. Comunidad de Madrid 26/10/2019.

³¹ BOE 14/08/2020.

³² BOE 01/08/2020.

³³ BOE 17/06/2020.

³⁴ BOE 14/08/2020.

el medio digital utilizado, una vez finalizada su jornada laboral», con ciertas salvedades (periodos de disponibilidad del personal sanitario o circunstancias de fuerza mayor), y se señala que las empresas no podrán sancionar disciplinariamente a quienes ejerzan el derecho a la desconexión conforme a este precepto, además de que «el ejercicio del derecho a la desconexión digital no repercutirá negativamente en el desarrollo profesional de las personas trabajadoras».

Sin embargo, hay un aspecto claramente reseñable del art. 95 del Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios, que también puede hallarse en el protocolo de actuación para la desconexión digital del Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL³⁵, y es que el tenor literal de su apartado 2 del art. 95 determina que «Este convenio colectivo reconoce y formaliza el derecho a la desconexión digital como un derecho, pero no como una obligación. Esto implica expresamente que aquellas personas trabajadoras que quieran realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo con total libertad». Una previsión que, de generalizarse en todos los instrumentos negociales, posiblemente terminaría desdibujando el derecho a la desconexión digital como medida de prevención de riesgos laborales.

Muy al contrario de estos casos en los que expresamente se advierte que el derecho a la desconexión digital no es una obligación. En otros países de nuestro entorno, como en Francia, los acuerdos sectoriales blindan la desconexión digital al reconocerla como una obligación. De hecho, determinadas empresas hacen efectiva dicha obligación, por ejemplo, con la instalación de una alerta para que cuando el trabajador/a haya alcanzado el límite de su jornada laboral, sea avisado/a del incumplimiento de su tiempo de descanso. Un caso singular es el de la empresa francesa Gie Réunica, donde el principal servidor de mensajería electrónica de la empresa bloquea los mensajes entrantes desde las 20:00 horas hasta las 07:00 horas del día laborable siguiente, y los fines de semana. De igual modo, en Alemania, la empresa Volkswagen bloquea el acceso a las comunicaciones corporativas desde el fin de la jornada laboral hasta el comienzo de la siguiente, y la empresa Daimler implementó un software que elimina los correos electrónicos recibidos durante las vacaciones y envía una respuesta automática informando de ello al emisor del correo e indicando la dirección de correo de otra persona que no está de vacaciones (Purcalla Bonilla, 2019). Medidas, todas ellas, que parecen quedar todavía bastante alejadas de los compromisos nacionales, donde el derecho a la desconexión digital es incipiente, el sector productivo no ha alcanzado un importante grado de tecnologización y el «presencialismo» forma parte de nuestra cultura laboral.

³⁵ BOE 01/08/2020.

Por último, cabe recordar que la desconexión digital puede ser regulada a través de la negociación colectiva, desde cualquier ámbito convencional incluidos los acuerdos interconfederales (nacionales o autonómicos)³⁶, y en su defecto, por lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, si bien, este trabajo se circunscribe, como su título indica, a la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales.

4. Conclusiones y propuestas

1. Pese a que la negociación colectiva sigue siendo el instrumento adecuado para regir las condiciones laborales en el marco de la industria 4.0, el primer hándicap con el que se enfrenta la negociación colectiva como garante de la seguridad y salud laboral de los trabajadores y trabajadoras en la prácticamente incipiente industria digital y en las empresas caracterizadas por la fusión de las tecnologías de la comunicación, el uso de internet y de las nuevas tecnologías, es el de la pretendida huida del Derecho del Trabajo característico de la *gig-economy*.

2. Las múltiples posibilidades que ofrece la negociación colectiva para concretar las obligaciones en materia de seguridad y salud no son aprovechadas por los sujetos negociadores. Rara vez se encuentran referencias negociales en materia de prevención de riesgos laborales que supongan algo más que una mera declaración de principios o una reiteración de lo ya previsto en la normativa, siendo mucho más insólito que un convenio colectivo regule aspectos relacionados con los riesgos laborales propios de la incorporación de las nuevas tecnologías al sistema de producción.

3. Los exiguos convenios que tratan medidas de prevención de riesgos laborales relacionadas con el uso de las NTIC suelen referirse al cumplimiento del principio de prevención participativa derivado de la incorporación de nuevas tecnologías, y los que ahondan algo más, provienen de ámbitos laborales en los que se trabaja en viodeterminales o pantallas de grabación.

4. Se echa en falta que los convenios colectivos aludan a los factores de riesgo propios del empleo de las NTIC en su concreto ámbito de aplicación, y a la necesidad de tenerlos en cuenta en las evaluaciones de riesgos y en la vigilancia de la salud, proponiendo, además, las pruebas y controles médicos destinadas a una detección precoz de cualquier patología relacionada con el uso de las NTIC.

5. Con el firme propósito de prevenir ciertas patologías propias del trabajo y su relación con las NTIC, sería conveniente que los convenios colectivos es-

³⁶ *Vid.* por ejemplo, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña 07/09/2018).

tablecieran una política clara sobre el control empresarial a través de las nuevas tecnologías, así como unos compromisos que definan una adecuada formación e información para los/as trabajadores/as en el uso de las NTIC para el desempeño de la prestación laboral. La formación e información en materia de prevención de riesgos laborales debe prestar especial atención a la correcta utilización de las NTIC y los instrumentos negociales podrían ser la fuente de dichos compromisos.

6. Al igual que la negociación colectiva se ha encargado de encomendar la formación de comisiones paritarias para el establecimiento de protocolos contra la violencia laboral, podría hacer lo propio con respecto a la creación e implantación de protocolos contra el estrés, el tecnoestrés y sus derivados: tecnoansiedad, tecnofatiga y tecnoadicción.

7. La negociación colectiva ha de hacer efectivo el derecho a la desconexión digital. A este respecto, los convenios colectivos de empresa han aprovechado para concretar determinados aspectos del mismo, mientras que los convenios colectivos de sector suelen limitarse a reproducir el tenor literal del art. 88 LOPD. Especialmente interesante es el compromiso a través de la negociación colectiva de garantizar acciones formativas y de sensibilización sobre el uso razonable de dispositivos digitales que evite el riesgo de fatiga informática.

8. Resulta cuestionable la configuración negocial del derecho a la desconexión digital con la advertencia de que se trata de un derecho, pero no una obligación, y que ello implica que los/as trabajadores/as que quieran realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo libremente.

9. Sería ciertamente plausible que los sujetos negociadores blindaran la desconexión digital al reconocerla no sólo como un derecho, sino también como una obligación para los trabajadores y trabajadoras. En este sentido, se podría dar un paso más a través de cláusulas que dispongan el cierre automático de los servidores de correo una vez finalizada la jornada laboral o bloquearan el acceso a las comunicaciones corporativas desde el fin de la jornada laboral hasta el comienzo de la siguiente.

5. Bibliografía

- AGUILAR MARTÍN, M. C. (2017): «El papel de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud laboral. Una visión más amplia de la prevención», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, núm. 3, 2017, pp. 246-263.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. (2017): «La prevención de riesgos psicosociales en la economía colaborativa: los e-nómadas» en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (Dir.) VV.AA.: *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Boma, marzo, pp. 55-82.

- BARRIOS BAUDOR, G. L. (2019): «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1, (BIB 2018\14719).
- CRUZ VILLALÓN, J. (2019): «Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 150.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., MELLA MÉNDEZ, L., RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. y TODOLÍ SIGNES, A. (2018). *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2017): «NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora», *Diritto della Sicurezza sul Lavoro, Rivista dell'Osservatorio Olympus*, núm. 2.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. (2019): «El impacto de la digitalización del mercado de trabajo en la salud mental de los trabajadores», *Revista de Direito do Trabalho*, edición especial CIELO Laboral.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (2017): «La prestación de servicios en las plataformas digitales: los casos de BlaBlaCar y Take Eat Easy», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, (BIB 2017\13002).
- GINÉS I FABRELLAS A Y GÁLVEZ DURÁN S. (2016): «Sharing economy vs.uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, <http://www.indret.com/es/>
- GONZÁEZ COBALEDA, E. (2019): «Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, número extraordinario.
- GUERRERO VIZUETE, Esther (2019). «La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores», *Iuslabor*, núm. 1.
- GUTIÉRREZ ARRANZ R. (2016): «Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU.», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (2016): «El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.192, (BIB 2016\85594).
- JOVER RAMÍREZ, C. (2018): «El fenómeno de la «gig economy» y su incidencia en el derecho del trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, (BIB 2018\9632).
- LAHERA FORTALEZA, J. (2019): «Las transformaciones del lugar de trabajo», *Documentación Laboral*, núm.118.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2019): «La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales», *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, núm. 41.
- MARTÍN MUÑOZ, R. M.^a (2020): «El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital: representación y negociación colectiva de los trabajadores de plataformas digitales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.232, (BIB 2020\33794).
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2016): «Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.184, (BIB 2016\704).
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2011): *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio com-*

- parado de los años 2000 y 2010*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, INSST, <https://www.insst.es/documents/94886/96076/negociacion+colectiva/e88a9faf-c22f-4d6c-bf0e-32741c1a4956>.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2020): «Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo: puntos críticos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229 (BIB 2020\10658).
- MERCADER UGUINA, J. R. (2017): *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2018): «El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital», *Revista de Información Laboral*, núm.11, (BIB 2018\13994)
- MORENO VIDA, M. N. (2019): «Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 150.
- PURCALLA BONILLA, M. A. (2019): «Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: Notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, (BIB 2019\2891).
- RODRÍGUEZ EGIO, M.ª M. (2018): «Prevención de riesgos laborales en el ámbito de la economía colaborativa» en ALFONSO SÁNCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J. (Dir.): Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, Thomson Reuters Aranzadi.
- RUESGA S.M. (2019): «El trabajo del futuro: más ocupación y menos jornada laboral», *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum. Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*, núm. 21.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2015): «El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, vol. 3.
- TALÉNS VISCONTI, E.E. (2018): «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 4, (BIB 2018\8599).
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017): *El trabajo en la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TORRECILLA GARCÍA, J.A., PARDO FERREIRA, C. y RUBIO ROMERO, J.C. (2019): «Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, número extraordinario.
- VARELA FERRÍO, J. (2019): *Digitalización de la empresa española. Panorámica de la realidad tecnológica del tejido productivo español*, Documento elaborado por el servicio de estudios de la Confederación de UGT.

LA EXCLUSIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL TRABAJO DOMÉSTICO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSIBLES RAZONES

Excluding occupational hazard prevention from the special employment relationship of domestic work: critical analysis of possible reasons

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ*

Universidad de Castilla La Mancha, España

RESUMEN

Al igual que ocurre con el resto de las personas trabajadoras, las trabajadoras de esta relación laboral especial del trabajo doméstico están expuestas a ciertos riesgos laborales propios de la actividad que desempeñan. En este artículo se analiza de forma crítica la esfera subjetiva de la exclusión expresa de la Ley de Prevención en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar.

Palabras clave: trabajo doméstico, seguridad y salud, exclusión, negociación colectiva, género.

ABSTRACT

As with the rest of the workers, the workers in this special labor relationship of domestic work are exposed to certain occupational risks inherent to the activity they perform. This article critically analyzes the subjective sphere of the express exclusion of the Prevention Law in the special employment relationship of family home service.

Keywords: domestic work, health and safety, exclusion, collective bargaining, gender.

* **Correspondencia a:** Concepción Sanz Sáez. Rda. Del Parque, 28 bajo A, Ciudad Real, (Castilla La Mancha), España. – concepcion.sanz@ucim.es – <https://orcid.org/0000-0002-9783-9272>

Cómo citar: Sanz Sáez, Concepción. (2020). «La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones»; *Lan Harremanak*, 44, 79-102. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22126>).

Recibido: 15 octubre, 2020; aceptado: 12 noviembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Que el empleo doméstico es un trabajo precario, con un alto grado de feminización y con peligro de encontrarse frente a escenarios de explotación no es una novedad. Y es que el trabajo doméstico socialmente ha estado desde siempre poco considerado y, en consecuencia, con «una menor protección que el trabajo en otros ámbitos de actividad» (Cabeza, 2015: 99 y ss.).

Los peligros en las actividades a las que se enfrentan las trabajadoras domésticas son más serios de lo que se cree pues estas personas ejecutan todo tipo de tareas en el hogar, con lo que están expuestos a distintos riesgos laborales.

Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta que el lugar donde se efectúa el trabajo es el domicilio familiar que puede ser su residencia habitual u ocasional, como pueden ser entre otras, las segundas residencias, por lo que los riesgos pueden ser distintos.

Los riesgos laborales en estos domicilios particulares, al considerarse actividades especiales y no ser entornos controlados, ni reglados como lugares de trabajo, no tienen que pasar por los procedimientos de evaluación de riesgos o la autorización de funcionamiento como sucede con los entornos laborales generales.

Asimismo, por el hecho de que la relación laboral se desarrolle en el domicilio de la parte empleadora, se ocasiona un aislamiento e invisibilidad de la parte empleada que obstaculiza considerablemente el control de la normativa laboral por la Inspección de Trabajo. Y por esta misma razón, se dificulta extraordinariamente la acción sindical lo que unido a una tradicional despreocupación de los sindicatos respecto a estos trabajadores/as y a la ausencia total de negociación colectiva, termina por complicar en extremo el contexto en que se desenvuelve esta prestación de servicios (Lousada, 2018: 152-187).

Ante esta situación, quiere aclararse que, a lo largo de este trabajo, la consideración al servicio doméstico se hará atendiendo a una forma de lenguaje no sexista, ya que, aunque minoritariamente, también hay hombres dedicados a esta relación laboral. En consideración a lo expuesto, mi planteamiento tiene por objeto un estudio jurídico de riesgos laborales en el trabajo doméstico, sea quien fuere quien lo realice¹. No obstante, en este estudio me he centrado más en el colectivo de las mujeres por el importante peso que éstas tienen en la acti-

¹ Según los datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística (INE), correspondientes al último trimestre de 2019, en España hay 580.600 empleadas del hogar. Es un colectivo feminizado, ya que, según los datos de la Encuesta de Población Activa del INE, el 86,4% son mujeres (501.800 trabajadoras domésticas frente a 78.800 trabajadores domésticos).

vidad del servicio doméstico y por la situación de irregularidad laboral tan acusada que les afecta en dicha relación laboral².

Dicho esto, y partiendo de la base que no parece posible que esto siga sucediendo en la actualidad, recordemos que la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (Cardenal y Cardenal, 2002: 213-274), principio rector de la política social, artículo 40 de la Constitución Española (en adelante CE), no tiene ningún desarrollo en el trabajo doméstico, tal es así, que la propia Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), declara en su artículo 3.º.4. que la norma no se aplica a la relación laboral especial al servicio del hogar familiar, con una exclusión absoluta.

Por otra parte, quiere destacarse la fuerte impronta de individualidad en la relación laboral en cuestión al ser un trabajo de muy baja sindicación, siendo éste un factor que justifica su poca capacidad de reivindicación y presión, siempre unido a la inexistencia de asociaciones empresariales específicas (Nieto, 2019: 405). En este sentido se debe recordar que, no tienen convenio propio, no cuentan en las organizaciones sindicales con servicios específicos de atención y asesoramiento para esta relación laboral especial, ni tampoco existe, como digo, patronal con la que negociar (Sanz, 2019: 5). El hecho de que estas mujeres no tengan un centro de trabajo donde coincidir, sino que realizan su labor en el ámbito de lo doméstico, provoca el desconocimiento de sus derechos, la dispersión y el aislamiento, haciendo más difícil la intervención en el caso de abusos o vulneración de derechos.

Siendo cierto que frente a la trabajadora doméstica aparece el/la cabeza de familia que, como parte empresarial, tiene derecho a la intimidad personal y familiar, así como a la inviolabilidad de su domicilio (artículos 18.1 y 2 CE)³. Por tanto, la entrada en el domicilio por la autoridad laboral se contempla, si bien precisa expresamente la necesidad de «salvaguardar los derechos de inviolabilidad de domicilio» y «respeto a la intimidad»⁴. Por tanto, aun solventada la duda sobre si la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede o no ejercitar sus funciones en el marco de esta relación limitada al respeto a los derechos constitucionales reseñados (Cospedal, 1999: 223-228), no marca cómo debe hacerse, ni en qué casos.

Esta colisión de derechos no puede interpretarse en términos absolutos como única razón justificativa de la exclusión del personal del hogar familiar del ámbito de aplicación de la norma preventiva, porque no puede negarse la aplicación del derecho a la seguridad y a la salud laboral de este colectivo, tan sólo

² Ante los datos de afiliación de la Seguridad Social de diciembre de 2019, observamos que había 396.626 empleadas del hogar. Es decir, el 68,3% estarían dadas de alta en la Seguridad Social, mientras que el 31,7% trabajarían en situación irregular.

³ La CE (artículo 18.2) declara que el domicilio es inviolable, no pudiendo hacerse en él ninguna entrada o registro sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

⁴ Véase la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

porque no sea posible la entrada en el domicilio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para comprobar si se han adaptado o no las medidas que fuesen necesarias (González-Carajal, 2008: 38)⁵. Es posible limitar el derecho a la seguridad y a la salud laboral cuando sea realmente necesario para preservar el derecho que se pretende proteger, pero en este caso no se entiende o no se justifica el negar el citado derecho por razones de protección de la intimidad y de inviolabilidad del domicilio⁶.

En consecuencia, en esta relación laboral, se suelen realizar trabajos sin contratos, con salarios bajos, excesos de horas..., y además estas condiciones se agravan cuando es inmigrante y sobre todo si es irregular y teme exigir sus derechos ya que se encuentran en una posición especialmente sensible (Pérez y López, 2016: 45)⁷, con importantes dificultades para cualquier desarrollo profesional, con derechos muy limitados para negociar el salario o las horas de trabajo y sin ayuda legal para resolver problemas profesionales. En todos estos casos, las exigencias de las personas empleadoras se deslizan por terrenos que bordean la explotación, pero la imposibilidad de inspeccionar el centro de trabajo (Quésada, 2011: 2), por tratarse de un domicilio, hace que no puedan como se señala, contar con el apoyo de la institución administrativa cuya misión es velar por el cumplimiento de la legislación laboral, quedando, debido a este carácter privado, las empleadas domésticas sin forma de probar los hechos en que se basan sus reclamaciones (horarios, salarios, tareas, etc.).

De ahí la importancia que se considera tiene abordar los porqués de la exclusión de este colectivo de personas trabajadoras del ámbito de protección de la LPRL.

2. Algunas consideraciones generales sobre los aspectos jurídicos de la relación laboral especial de trabajo doméstico que justifican su exclusión de la LPRL

La regulación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁸ mantiene, al menos de manera formal, que esta relación laboral descansa en dos

⁵ Señala que este Derecho Constitucional «no puede producir la conculcación a ultranza del derecho a la seguridad e higiene de quien trabaja y de su derecho a la integridad física». En cambio, algún sector doctrinal defiende la plena corrección de la exclusión al entender que la obligación impuesta al titular choca con el derecho fundamental a la inviolabilidad del mismo.

⁶ SSTC de 15 de octubre; de 31 de enero; de 19 de julio y de 22 de abril.

⁷ «El reglamento del empleo del hogar, la ley de dependencia y las políticas de igualdad y extranjería son aspectos clave ya que limitan el acceso a la igualdad de género de las mujeres migrantes, y son una causa de la organización social desigual de los cuidados actualmente».

⁸ Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. (B.O.E. de 17 de noviembre de 2011).

aspectos característicos, como son el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar y el vínculo personal basado en una especial relación de confianza entre el titular de aquel y las personas empleadas de hogar.

Lo que resulta discutible, en la propia argumentación del Preámbulo del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, es la opción por la autonomía de la voluntad como fuente primordial de la regulación de esta relación, pues no se acaba de entender que el hecho de que el trabajo se preste en el hogar familiar impida a la ley, al propio Real Decreto o incluso a la negociación colectiva una mayor regulación de muchos aspectos de las condiciones de trabajo.

En este sentido, la actual regulación de esta relación laboral, que demuestra deficiencias y cuestiones controvertidas en el régimen jurídico (Salcedo, 2020: 3-9), tenía la intención de acercamiento al régimen legal de la relación laboral común, y por ello, ordenaba expresamente en su Capítulo III la aplicación a los trabajadores de los derechos y deberes laborales establecidos en los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En ellos se contiene una que mención expresa al derecho a unas adecuadas condiciones de seguridad y salud en el trabajo⁹ que deberán tener en cuenta las características del trabajo doméstico y cuyo incumplimiento por parte del empleador dará derecho al trabajador a presentar su dimisión. Entiendo, por tanto, que sería conveniente reforzar la protección de esta relación laboral especial y considerar este incumplimiento como una justa causa de extinción del contrato por motivos no imputables al trabajador, según dispone el artículo 50.1.c) del ET. De este modo, tendrían derecho a indemnización como si se tratara de un despido declarado improcedente, aunque en la actualidad no podrían acceder al derecho de la prestación por desempleo. No obstante, no se debe olvidar que la extinción del trabajador ha de ser ponderada con cuidado a la hora de valorar la prueba de que pueda hacer uso el trabajador, con la finalidad de fundamentar la extinción del vínculo contractual. Si no se respeta esto, puede convertirse en una prueba diabólica para el empleado, ya que es el empresario el que tiene los medios de prueba a su alcance y puede utilizarlos de manera intencionada contra el trabajador¹⁰.

⁹ No es de aplicación la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y sus disposiciones de desarrollo en la relación laboral especial del hogar familiar ya que estas normas están pensadas para las empresas y no resultan de aplicación al ámbito del hogar familiar, por estar expresamente excluido en la propia Ley. Solo se exige al empleador a cuidar que el trabajo del empleado de hogar se realice en las condiciones adecuadas de seguridad y salud, debiendo adoptar medidas eficaces para este fin de acuerdo con las características específicas del trabajo a realizar.

¹⁰ STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2005: «... la argumentación de la sentencia recurrida debe ser revocada, pues impone a la parte actora una carga diabólica, de difícil superación, atribuyéndole la necesidad de probar que ha existido un despido, y todo ello sobre la base de establecer que ninguna de las partes acredita nada de lo sucedido, y por tanto era la parte actora quien debía probar su pretensión ... Por otro lado, no parece muy acorde con el derecho laboral que si ha existido una vinculación sometida al trabajo por cuenta ajena, sea la trabajadora quien la extinga, para inmediata-

Y todo ello porque, si bien es cierto que su regulación ha aumentado el ámbito de la protección laboral y de seguridad social, también lo es que una de las principales peticiones de mejora que desde los colectivos de este ámbito se reivindicaba, versaba sobre el todavía no alcanzado reconocimiento del derecho a prestaciones por desempleo.

Esta relación laboral especial presenta una serie de peculiaridades que la dotan de singularidad y la distinguen de la relación laboral común, así como de otras relaciones laborales especiales, y entre ellas que el empresario asume la obligación básica de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos vinculados al trabajo y el trabajador ha de velar por su propia seguridad y salud conforme a su formación y a las instrucciones emanadas del primero. Esto ha servido a algunos autores para hacer una interpretación particular sobre las motivaciones que han podido llevar al legislador a la inclusión o exclusión de este colectivo en el ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). Así pues, unos aluden a exclusión «aparente o parcial» (González-Carvajal, 2000:58), mientras que otros insisten en la consideración de exclusión «absoluta» (VV.AA., 1997: 41) e, incluso, otros refieren a una «situación paradójica y contradictoria» en la medida en que señala que «de forma simultánea se niega la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y se afirma el derecho de los trabajadores domésticos a desarrollar su prestación en unas condiciones óptimas de seguridad y salud en el trabajo» (VV.AA., 2001: 68-69).

Según el artículo 3.º.2 la LPRL no será de aplicación a las actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero; así como en los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública. Las actividades no se excluyen por el trabajo a que pertenecen (policía, seguridad, protección civil), sino en los aspectos incompatibles con las medidas establecidas en la norma. No obstante, se añade que la LPRL inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades. De la misma manera, el artículo 3.º.3 prevé la aplicación de la LPRL en los centros militares y penitenciarios con las necesarias particularidades.

En éste sentido, recordemos que la LPRL derogó los títulos I y III de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden de

mente presentar una papeleta de demanda de conciliación, pues ante la situación de falta de trabajo que acontece en nuestro país, lo más lógico parece el intento de conservar la relación laboral, y más cuando la misma queda en un arcano que solamente es imputable al empresario, que no presenta ningún tipo de documento del cual poder deducir que la relación se mantenía dentro de unos parámetros ordinarios de trabajo, y cuya protección establece el RD 1424/1985, de uno de agosto, en relación al artículo 2, n.º 1 ap. B) ET...».

9 de marzo de 1971, y con ello su artículo 1.º, que extendía el campo de aplicación de esta Ordenanza a todas las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, al establecer: «a las disposiciones de esta Ordenanza se ajustará la protección obligatoria mínima de las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, a fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales y de lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo en que dichas personas desarrollen sus actividades».

Como podemos comprobar, la Ordenanza incluía la protección de los trabajadores domésticos, ya que según la Disposición Adicional del Real Decreto 1424/1985, la normativa laboral común se aplica en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación¹¹. En definitiva, al excluir el trabajo doméstico, la LPRL supuso un retroceso en la regulación de la Seguridad Laboral en esta relación laboral especial (García, 1995: 178)¹².

La exclusión en la Ley de Prevención de los trabajadores domésticos se fundamenta, tanto por la especial interrelación que en el trabajo de servicio del hogar familiar existe entre las condiciones laborales del trabajador y las del empleador, como por las peculiaridades del lugar donde se presta el trabajo que complican la aplicación de determinadas previsiones normativas generales en materia de seguridad y salud en el trabajo (Pérez, 1991: 50)¹³. No obstante, respecto del concepto de hogar familiar cabe señalar que se trata de un término muy amplio debido a la dificultad de dar un concepto unitario de familia como consecuencia de la aparición de diversas formas de convivencia (Ramírez, 1986: 48)¹⁴.

Pero entiendo que la justificación de la exclusión sobre la base del lugar específico carece de fundamento ya que existen otras figuras tales como el trabajo de ayuda a domicilio que no han sido excluidos. Sin embargo, la realidad demuestra que no se hace ningún tipo de evaluación de riesgos laborales en los centros de trabajo donde las personas trabajadoras de ayuda a domicilio realizan

¹¹ También era aplicable, hasta que dejó de estar vigente con la derogación operada por Ley 11/1994 de 19 de mayo, el artículo 48 de la Ley de Contrato de Trabajo que establecía que «*si el trabajador fuere admitido a vivir en la casa del patrono o a cargo de la empresa, o a ser sustentado por ella, las condiciones del local, dormitorios y comidas habrán de ser los adecuados a su situación, estado, exigencias de la moralidad e higiene...*».

¹² GARCÍA VALVERDE afirma que no existe norma legal a la que acogerse para garantizar las debidas condiciones de seguridad e higiene que han de regir.

¹³ Así lo reconoce PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL al referirse al fundamento de exclusión de este colectivo en la norma comunitaria.

¹⁴ La «titularidad del hogar familiar» que convierte a uno de los convivientes en empleador no es sino una ficción que eleva a la categoría de empleador a una de las personas que habitan en el inmueble con el objeto de facilitar trámites y gestiones. Así lo demuestra ese artículo 1.3 RD 1620/2011 cuando atribuye esa titularidad del hogar familiar a un representante de esas personas que conviven juntas y admite que tal posición se asuma sucesivamente por todas ellas.

su actividad laboral. Siendo también el principal argumento el artículo 18.2 CE, pero en este supuesto, contradice los principios básicos de la LPRL, en cuya lista exhaustiva y cerrada en la que se excluyen las relaciones laborales sobre las cuales no impera su aplicación, como el trabajo doméstico, no se incluye las trabajadoras/es de ayuda a domicilio.

Además, el domicilio, como lugar de prestación a la persona beneficiaria de la de ayuda a domicilio, es donde se va a ejecutar dicha prestación, por lo que la habitabilidad y condiciones de movilidad dentro del mismo es una condición *sine qua non* para poder conceder la prestación, por lo que el análisis sobre las características del mismo debería quedar patente en el informe social que la Administración local lleva a cabo, previamente a la concesión de dicho servicio.

Del análisis anterior no caben dudas sobre la aplicación de la LPRL a la actividad concreta de la ayuda a domicilio: así, resulta que en el domicilio del beneficiario, lugar de prestación del servicio público y lugar de trabajo de esta ayuda, se despliega todo el impacto protector de la Ley de prevención de riesgos laborales, no encontrándose esta actividad laboral incluida en el catálogo de exenciones como se hizo con las personas trabajadoras de hogar, y así subsiguientemente lo hubieran contemplado los convenios colectivos y los contratos administrativos. No parece, por tanto, que alegar como excusa el lugar de prestación de servicios sea suficiente para vincular esta distinción de protección que resulta carente de elementos objetivos que la fundamente para el trabajo doméstico, y que no lo es para la ayuda a domicilio, y que, al mismo tiempo, contraría el artículo 41 CE y el artículo 14 del Convenio n.º 189 de la OIT, de 16 de junio de 2011¹⁵, al que me referiré en apartados posteriores.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de febrero de 1989 establecía que «la esfera privada... incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares...» De ello se deduce el distinto tratamiento que da el Alto Tribunal a la vida privada y a la intimidad (Cabezuelo, 1998: 18).

En este sentido, basta recordar las afirmaciones del TC relativas a que «el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los pode-

¹⁵ Artículo 14 Convenio n.º 189 de la OIT: «1. Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan».

res públicos en la vida privada»¹⁶. De esta forma el derecho a un núcleo inaccesible de intimidad se reconoce incluso a las personas más expuestas al público¹⁷. La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no sólo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar¹⁸.

Existe de este modo, una estrecha relación entre la inviolabilidad del domicilio (Alonso, 1993: 84) y la intimidad personal y familiar garantizada en el artículo 18.1 CE¹⁹. Esta relación fue ya formulada por la STC 22/1984, de 17 de febrero «El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.» Hay, pues, un nexo de unión indisoluble entre los apartados 1 y 2 del artículo 18 CE.

Ahora bien, a efectos de la prevención que es el tema que nos ocupa, como he señalado, el lugar en que se desarrolla el trabajo no parece justificar su exclusión (VV.AA., 1987: 48; Schneider, 1990: 374 y 375)²⁰, parece más acertado pensar, que la ausencia de regulación se debe a las dificultades existentes en cuanto a la aplicación de la Ley en esta relación laboral. Recordemos que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1424/1985 establecía que la especialidad se encontraba en el propio ámbito donde se desarrolla la prestación de servicios, en la mutua confianza y flexibilidad que ambas partes se conceden recíprocamente.

A todo ello debe añadirse que cuanto menos resulta desconcertante la exclusión, si se compara con otras figuras incluidas en el ámbito de la legislación preventiva como puede ser el trabajo a domicilio, dado que parte de los problemas que relacionan serían comunes a ambas relaciones laborales (García, 1995: 170-171).

¹⁶ STC de 25 de abril de 1994.

¹⁷ STC de 15 de julio de 1999.

¹⁸ SSTC de 17 de octubre de 1991 y de 2 de diciembre 1988.

¹⁹ SSTC 160/1991 y 69/1999, de 26 de abril.

²⁰ Justificar esta exclusión sobre la base del lugar carece de fundamento, ya que existen otras figuras, tales como el trabajo a domicilio, que no han sido excluidas. Además, el concepto de hogar familiar es muy amplio debido a la dificultad de dar una definición unitaria de familia como consecuencia de la aparición de nuevas y diversas formas de convivencia. Esta interpretación puede verse también en La relación laboral especial de servicio del hogar familiar. Es evidente que la característica que permite identificar este tipo de relación de carácter especial es el concepto «hogar familiar», desde un doble punto de vista: El empresario es el «titular» del hogar familiar y los servicios se prestan «en el ámbito del hogar familiar» Ahora bien, este concepto ha quedado superado, tanto desde el punto de vista físico, del espacio, como de los moradores del mismo, o sea, los familiares, de manera que son varias las sentencias que admiten la prestación de este tipo de servicios fuera del hogar familiar (STSJ Castilla y León/Burgos 30 de abril de 2002).; incluso cuando la persona fue contratada para trabajar en la atención y cuidado de los hijos menores del titular del hogar familiar, con horario permanente, trasladándoles al colegio, dándoles de comer y cuidándoles, en el domicilio de domicilio de la empleada doméstica mientras sus padres trabajaban (STSJ Cantabria 11 de mayo de 2000).

Por otro lado, se debe indicar que la exclusión de los trabajadores domésticos de la LPRL es conforme con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, conocida como Directiva marco²¹. A excepción del trabajo doméstico, es aplicable a todos los sectores de actividades públicas y privadas, con la excepción de «las particularidades inherentes a determinadas actividades inherentes de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o de la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil» (Pérez, 1991: 50).

Una lectura rápida de ese artículo podría hacernos pensar que no son las personas trabajadoras de dichos sectores sino algunos de sus cometidos los que se exceptúan de la protección de la norma, por lo que ni la Directiva, ni la LPRL, en principio justifican la exclusión (Ayala, 2007: 6), pero esa conclusión no sería del todo correcta, ya que lo que excluye son las actividades que realizan en situaciones excepcionales para garantizar la seguridad y la protección de la vida e integridad de las personas, objetivo que podría no conseguirse si en dichas intervenciones se tuvieran que aplicar la totalidad de las disposiciones recogidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Al mismo tiempo, según las Directivas comunitarias 93/104 de 23 de noviembre de 1993 y 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 sobre ordenación del tiempo de trabajo, la fijación de la duración de la jornada y los descansos es un elemento de seguridad y salud laboral²². Pero las Directivas citadas se remiten a

²¹ STSJ de Castilla y León de 9 de enero de 2017, en relación a un accidente laboral de empleada de hogar, pero en este caso analizando la posible normativa aplicable sobre escaleras de mano, el TSJ recuerda que en el ámbito de la Unión Europea los trabajadores al servicio del hogar familiar están excluidos del ámbito de aplicación de las normas de seguridad y salud laboral con carácter general, salvo cuando en alguna concreta directiva se establezca lo contrario, lo que no es el caso de la Directiva 89/654. La escalera con la que la trabajadora sufrió el accidente era la habitual de uso cotidiano, con travesaños horizontales, tenía dispositivos antideslizantes, y era de tijera, con enclavamiento de la posición, lo que avala el cumplimiento del deber general de cuidado que recaía sobre el titular de la vivienda y lleva a confirmar la desestimación de la acción. Para determinar si el equipo de trabajo era adecuado no son necesariamente aplicables las normas de seguridad y salud laboral de forma directa e íntegra, pero incluso si hubiéramos de aplicar las mismas como a cualquier otro trabajador por cuenta ajena en una relación laboral ordinaria, no aparece probado que se haya producido en este caso una vulneración de la normativa sobre escaleras de mano.

²² STSJ Andalucía de 13 de diciembre de 2017. Revocando Sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de Málaga, por la que se había considerado que aun cuando la empleada interna se encontrara al tiempo del ictus en su lugar de trabajo —que coincide con el de residencia— no estaba en tiempo de trabajo ni desplegando actividad laboral efectiva alguna, no existía contingencia profesional al considerar el ictus cerebral padecido mientras dormía como una etiología común sin conexión directa con la actividad laboral desplegada, el TSJ de Andalucía, ha entendido que el evento lesivo padecido por la demandante se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo, o como mínimo «... en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo...». Para el TSJ, la presunción de laboralidad establecida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, es suficiente para declarar que la contingencia del proceso de incapacidad temporal seguido por la trabajadora es

la Directiva marco para la definición de trabajador protegido, y en consecuencia excluye de nuevo al empleo de hogar (López y Toscani, 2006: 47)²³.

Probablemente la solución más viable hubiese sido, como ya se ha indicado, que el legislador hubiera optado por aplicar la normativa contenida en la LPRL (González y Aparicio, 1996: 64), salvo en determinadas cuestiones en las que se recurriría a una normativa reglamentaria específica para solventar aquellos aspectos que no fueran compatibles con las peculiaridades de la relación laboral especial. A este respecto se apuntan otras posibles soluciones tales como las que arbitra cierto sector doctrinal referidas a la posibilidad de mantener este tipo de relación al margen del ámbito de aplicación de la LPRL y haber previsto una futura regulación reglamentaria (García, 1995: 172-173).

En todo caso, la exclusión de la LPRL viene referida a la relación de las empleadas de hogar y no incluiría a quienes prestan su trabajo por cuenta de empresas de servicios o en el Servicio de Ayuda a Domicilio (en adelante, SAD) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Por lo que parece injustificable que si en el SAD, el cuidado personal va unido a las tareas domésticas propias de una empleada de hogar con lo que, especialmente en el caso de quienes atienden personas en situación de dependencia, los riesgos son los mismos: caídas, golpes con objetos, trastornos musculoesqueléticos derivados de movimientos repetitivos o posturas de trabajo inadecuadas (Rodríguez, 1998: 2633)²⁴, cortes, atrapamientos, quemaduras, dermatosis, alergias respiratorias²⁵ e incluso riesgos particulares del hogar en que se desarrolla el trabajo (Ayala, 2007: 15).

derivada de accidente de trabajo. En esta ocasión, las características especiales que median en la profesión de la demandante, empleada de hogar y cuidadora de dos personas de avanzada edad con las que convive, difícilmente permite diferenciar los tiempos de trabajo de los de descanso, por lo que recae sobre los empleadores, que habían desentendido por completo el cumplimiento de sus obligaciones de alta y cotización, la responsabilidad en cuanto al abono de las prestaciones de incapacidad temporal correspondientes.

²³ Entienden que las Directivas sí son de aplicación.

²⁴ En la prevención de los riesgos en estos ámbitos son de aplicación medidas que se han establecido para sectores que tienen la cobertura de la LPRL y se dedican a las mismas tareas en el marco de una relación ordinaria, principalmente el RD 487/1997, de 14 de abril, sobre prevención en las actividades que requieren manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, o el RD 486/1997, de 14 de abril, sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo, y las correspondientes guías técnicas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. RODRÍGUEZ INIESTA, G., «reconoce que *«las tareas de un empleado de hogar se caracterizan porque requieren cierta agilidad y se desarrollan normalmente en continuas situaciones de bipedestación y deambulación prologadas»*.

²⁵ La Guía de buenas prácticas para la Prevención de Riesgos en la Ayuda a Domicilio, de la Fundación para la prevención de riesgos laborales, de la UGT, recoge de manera sistemática los que se pueden producir. Las Mutuas tienen editados manuales y guías de prevención para los trabajos de limpieza y manejo de cargas, así como los riesgos sicosociales, aplicables al empleo de hogar.

En definitiva, una vez incluido en la LPRL el trabajo a domicilio, fórmula de prestación de servicios por cuenta ajena en la que la norma también es difícil aplicar (García y García, 2005: 16; Moreno y Marín, 2004: 8), la exclusión del trabajo doméstico, entiendo no está en absoluto justificada.

3. Supuestos de responsabilidad del empleador en los riesgos laborales de esta relación laboral especial

Como ya hemos podido advertir, el artículo 3.4 LPRL dispone que el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, pero no añade contenido a la obligación genérica sobre seguridad y salud laboral recogida en los arts. 4. 2, d) y 19.1 ET.

Así mismo, el Real Decreto 1620/2011, en su artículo 13 establece que *«el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene. La deficiencia grave de estas obligaciones es justa causa de dimisión del empleado»*.

Como observamos, es una mera declaración sobre el deber del empleador de ofrecer las debidas condiciones de seguridad laboral, pero además ni define cuáles sean aquellas (Igartua, 2008: 68), ni tiene fuerza coercitiva ante el vacío tipificador frente a las conductas reprochables, cuya sanción administrativa no encuentra cobertura legal ni dentro ni fuera de la LPRL. Entonces, no parece sencillo en qué caso se podría plantear la existencia de responsabilidad empresarial por un accidente doméstico que, sin embargo, para la persona trabajadora es de trabajo. En el terreno laboral, la diligencia exigida al empresario consiste en aplicar, en primer lugar, las medidas previstas en la legislación específica; en segundo lugar, las medidas que se deducen del estado de la técnica en cada momento, y de la experiencia, esto es la previsibilidad del riesgo y poder evitarlo.

En tanto que el empresario organiza y dirige los servicios en un ámbito determinado, por tal condición debe conocer y evitar los riesgos generados (De Dios, 2015: 7), yendo más allá de la media requerida en el hacer de cualquier persona. Pero nos encontramos que en el supuesto de seguridad del empleado doméstico no se muestra tan rigurosa, prueba de ello es que según el artículo 7.2 del Real Decreto 1620/2011, el incumplimiento de las obligaciones de seguridad tiene que ser grave para dar lugar a la dimisión de la trabajadora doméstica. Lo que resulta criticable, pues en estos casos lo razonable es que la trabajadora, como ya propuse, pueda solicitar la resolución del contrato de trabajo con la indemnización correspondiente al despido improcedente (artículo 50.1.c) del ET), ya que existe una auténtica dificultad para acreditar el incumplimiento grave de la persona empleadora por la limitación de la facultad de entrada al centro de trabajo

y las dificultades de fiscalización del mismo por parte de la Inspección de Trabajo cuyo resultado puede entonces derivar en una total inaplicación del derecho. En otras palabras, el trabajador no puede decidir de manera unilateral que es un incumplimiento grave y abandonar su puesto de trabajo, ya que ese comportamiento se considerará como baja voluntaria sin derecho a indemnización.

En todo caso, reitero que en materia de prevención de riesgos el problema fundamental es la dificultad que plantea el control de la obligación de cuidado impuesta al empleador, dado que la inviolabilidad del domicilio limita en gran medida la actuación inspectora²⁶. Es un problema que afecta, en general, a todo el régimen de garantías aplicable a esta relación laboral especial (Desdentado, 2016: 129-148).

En cualquier otra actividad, los estándares de seguridad e higiene se refieren a equipos de trabajo, condiciones de los lugares de trabajo, operaciones, procesos y actividades que generan riesgo para la salud física o psicológica. La actividad doméstica, cuando ha sido investigada bajo el prisma de la seguridad y salud laboral, ha resultado ser «un trabajo penoso o duro, que conlleva posturas forzadas y grandes esfuerzos constantes»²⁷. Por lo que «la vigilancia de la salud tiene, además, unas utilidades específicas para el trabajador individual por cuanto permiten detectar precozmente alteraciones de la salud relacionadas con el trabajo y gestionar una adecuada atención actuando tanto sobre la persona como sobre los posibles riesgos laborales» (López, 2014: 473-480).

En el supuesto de elementos que tengan claramente especificadas sus instrucciones de uso, se podrán aplicar, si no los preceptos de la LPRL sobre deber de información y culpa in vigilando, sí el juicio de culpabilidad o negligencia en caso de órdenes de trabajo que contravengan las disposiciones sobre seguridad de un producto en concreto, o supongan riesgos evidentes no asumibles por la trabajadora.

Es cuanto menos complicado dictaminar si se incurre en acción u omisión antijurídica cuando la obligación de seguridad tiene un perfil tan indeterminado como la frase «*debidas condiciones*» de seguridad e higiene. En el orden social, se ha considerado no responsable al empleador que se limitó a dar la orden de trabajo sin intervenir en el cómo de su realización²⁸; en el mismo orden en cambio,

²⁶ La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social necesitará la autorización del titular del domicilio para poder entrar en el hogar donde se desarrolla la prestación; en su defecto, deberá solicitar la autorización judicial, con la consiguiente demora en la actividad inspectora y el riesgo de ocultación de los actos constitutivos de infracción.

²⁷ Según el estudio realizado en 1998 por SMA, Management, S.L., por encargo de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Valoración de la carga física en las Empleadas de Hogar de Bizkaia, publicado en www.ath-ele.com.

²⁸ La STSJ Islas Baleares, de 3-11-2005, «la existencia de incumplimiento no deriva de la circunstancia de que las hojas de la ventada solo se abrieran 90.º, de que se usara una escalera para lim-

se ha atribuido culpa contractual a quien dio la orden sin advertencias de seguridad y presenció la operación peligrosa que dio lugar al accidente²⁹. Del mismo modo que la ausencia de disposición concreta, que obligase al empleador a proporcionar calzado especial o hacer un sendero que evitase a la trabajadora cruzar el césped cargada con la ropa que debía colgar en el tendedero, exime de responsabilidad al empleador en la caída que sufrió³⁰.

De manera que, si pese a que la Ley 27/2011 dejó pendiente la equiparación del sistema de cotización y la cobertura de los vacíos en el cálculo de las pensiones de las empleadas de hogar al régimen general de la Seguridad Social para 2019 y, luego, la enmienda 6777 de la Ley de Presupuestos Generales de 2018 la retrasó a 2024, no puede negarse que la voluntad del legislador siga siendo que esta relación laboral especial tenga las mismas coberturas que el Régimen General de la Seguridad Social. Tal y como advertimos al hacer referencia a la Ley 39/2010 de 22 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, se incorpora vía la Disposición Adicional Quincuagésima Tercera a la LGSS -rubricada «Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar» que en su apartado 1 prevé «que con efectos 1 de Enero de 2011, se amplía la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales».

Por analizarlo desde otro punto de vista, el artículo 1.104 del Código Civil (en adelante, CC) define la culpa o negligencia como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Y cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Pero el problema de la aplicación de estas disposiciones está en el concepto de previsibilidad, ya que según el artículo 1105 CC, nadie responderá de los sucesos que no hubieran podido preverse, por lo que solo la culpa o falta de diligencia debida puede reprocharse en relación con sucesos previsibles³¹.

piar los cristales superiores, o de que se colocara esta paralela o perpendicular a la ventana. No se dice cuál es la medida de protección o seguridad que se omitió y no se ve cual pudiera ser salvo el haber cerrado la persiana durante la operación de limpieza de los cristales superiores o no haberla abierto, pero de la circunstancia de que la trabajadora no adoptara tal precaución, seguramente por entenderla innecesaria, no puede derivarse la imputación de responsabilidad para el cabeza de familia respecto de quien no se ha acreditado ningún actuar culpable».

²⁹ SAP Asturias, 27 de enero de 2005.

³⁰ STSJ País Vasco de 4 de noviembre de 2003.

³¹ En palabras del Tribunal Supremo, «la exigencia de la previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser (...)», STS de 1 de octubre de 1998.

Con la evaluación de riesgos que dispone la LPRL, solo quedan fuera del campo de imputabilidad los acontecimientos verdaderamente fortuitos: la previsión forma parte de la deuda de seguridad. Por el contrario, por muy injusto que sea el daño, si no existe el deber de evaluar el riesgo en la actividad laboral doméstica, el campo de aplicación del deber de diligencia queda reducido a los peligros que puedan anticiparse con la diligencia exigida por el artículo 1104 CC.

Pero como vemos, a modo de conclusión, la LPRL no hace referencia a ninguna de las singularidades optando por una exclusión absoluta de esta relación laboral especial, lo que sí manifiesta es la existencia de una colisión entre los derechos que operan en el ámbito del hogar familiar y el derecho a la seguridad y salud laboral del trabajador que presta servicios en ese espacio.

No obstante, debemos advertir que la exclusión no significa que a estos trabajadores se les niegue su derecho a la seguridad y salud laboral ya que como hemos indicado a este respecto, se hace referencia en el artículo 3.4 LPRL a la obligación legal del titular del hogar familiar de cuidar que el trabajo de sus empleados se realice «en las debidas condiciones de seguridad e higiene» (Fernández, 1996: 35; Guadalupe, 1989: 161-162.)³². En consecuencia, la norma los excluye, pero al mismo tiempo les ofrece una protección en materia de prevención de riesgos laborales, aunque finalmente, señala cuál es la naturaleza jurídica de esta relación laboral especial en conexión con la LPRL.

En lo que concierne a la responsabilidad empresarial, no puedo dejar de plantearme si también ha sido voluntad del legislador, extender al cabeza de familia el pago de las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social, previsto en el artículo 126 de la LGSS.

Del tenor literal de la misma y teniendo en cuenta que en el Sistema Especial de Empleados de Hogar se genera derecho a las prestaciones por contingencias profesionales al igual que en el Régimen General, se podría entender que a este Sistema Especial también le es de aplicación el régimen de responsabilidades previsto en este artículo de la LGSS.

Sin embargo, me parece apropiado distinguir dos situaciones diferentes ante este planteamiento. La primera es que la prestación económica de empleado de hogar derivada de contingencias comunes, el empleado de hogar genera derecho a la prestación económica, siendo responsable a priori, el cabeza de familia de la falta de afiliación, alta, baja, cotizaciones en Seguridad Social, pero al entrar en juego la segunda, es decir, cuando el empleado de hogar genere derecho a una

³² Se excluye la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, en términos que no dejen de ser contradictorios. El principio general es la exclusión del campo de aplicación de la Ley, para añadir seguidamente que: «*el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene (...)*».

prestación económica derivada de contingencias profesionales y el cabeza de familia, haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización, solo y exclusivamente el cabeza de familia responde del pago de las cotizaciones y de las sanciones que se deriven según lo preceptuado en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

A tenor literal de las normas, la Disposición Adicional Trigésima Novena, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto en su apartado 3 letra c establece que «con respecto a las contingencias profesionales del Sistema especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional quincuagésima tercera de esta misma Ley». Por tanto, para el Sistema Especial de Empleados de Hogar, integrado en el Régimen General, desaparece el régimen de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones cuando la contingencia derive de contingencias profesionales.

En síntesis, la voluntad del legislador parece clara, su intención fue realizar una integración parcial del antiguo Régimen Especial de Empleados de Hogar dentro del Régimen General, garantizándoles las coberturas de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, y excluyendo el régimen de responsabilidades del cabeza de familia ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social. Desde mi punto de vista, no debemos obviar que ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas prevista en las normas son distintas.

4. El imposible control del trabajo doméstico: el papel fundamental de la inspección de trabajo

Como ya se ha podido reparar en párrafos anteriores, la Ley de Prevención no hace referencia a ninguna de las singularidades optando por una exclusión absoluta de esta relación laboral especial, lo que sí manifiesta es la existencia de una colisión entre los derechos que operan en el ámbito del hogar familiar y el derecho a la seguridad y salud laboral del trabajador que presta servicios en ese espacio.

Desde una visión crítica con la exclusión, se ha indicado que tiene que ver con la colisión de las funciones inspectoras con el derecho a la intimidad, contemplándose la posibilidad de haber regulado el control de las condiciones de seguridad de los instrumentos de trabajo, pero no más allá (VV.AA., 2008: 68). Sin embargo, el derecho a la intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, comprendemos que tiene límites, algunos establecidos por la propia CE y otros derivados de la necesidad de proteger otros derechos u otros bienes constitucionalmente protegidos.

Por ésta razón existen multitud de dificultades para las autoridades laborales (la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), para velar por el cumplimiento de la normativa vigente, no sólo en materia de seguridad y salud en el trabajo sino en todo lo que afecta a las condiciones de trabajo, ya que el control debe efectuarse, con respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio³³, sometiendo la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las facultades y límites contemplados en el artículo 13.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social se dispone que «Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial». Por lo que los únicos títulos habilitantes para la entrada en el domicilio son el consentimiento del titular o la autorización judicial³⁴.

Como vemos, y debido al marco privado en el que se desarrolla la prestación de servicios, en la mayoría de los casos, las empleadas de hogar se enfrentan a la sistemática negativa de Inspectores y Subinspectores Laborales a intervenir en un terreno que se considera privado. Desde la tutela de la inviolabilidad domiciliaria o desde la intimidad personal, se impide la aplicación de las normas laborales y de los derechos constitucionales que van a resultar incompatibles con la aplicación de determinadas medidas preventivas (Conde-Pumpido, 2003: 281-331), especialmente como indicamos, la dificultad de compatibilizar el control de la autoridad laboral del cumplimiento de las normas de prevención, con el respeto a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (De la Villa, 1985: 221; López, 2000: 170).

Este RD 1620/2011, también recoge otras disposiciones, aplicables a esta relación laboral de carácter especial, referentes al control de cumplimiento de la legislación laboral a cargo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Capítulo IV) y atribuye el conocimiento de los conflictos a la jurisdicción social, reproduciendo los términos del correlativo de la norma anterior.

En la normativa común, podemos observar en artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio citada, podrá «entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo. Establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo», pero aclara que si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada deberán ob-

³³ El concepto domicilio, aunque esencialmente es de naturaleza civil y se encuentra regulado en los artículos 40 y siguientes del Código Civil, también presenta diversas regulaciones en otras normas del Ordenamiento Jurídico, entre las que cabe destacar las leyes procesales, las mercantiles o las tributarias. En todo caso, hay que incluir cualquier tipo de espacio donde se desarrollen actividades de tipo doméstico, ya sean viviendas o habitaciones, por ejemplo, si se prestan los servicios en una habitación de hotel donde reside, habitual o temporalmente, el empresario, fijas o móviles, como pueden ser embarcaciones. Sobre los domicilios temporales véase, entre otras, SSTCT de 19 de octubre de 1983, de 26 de diciembre de 1983, de 9 de marzo de 1984 y de 10 de noviembre de 1984.

³⁴ STSJ de Madrid, de 24 de noviembre de 2008.

tener su expreso consentimiento³⁵ o, en su defecto, la oportuna autorización judicial³⁶. Por lo tanto, debemos considerar que en el caso de que la Inspección de Trabajo quiera verificar el cumplimiento de la nueva normativa de los empleados del hogar con una inspección en un domicilio particular, el domicilio sería centro de trabajo, pero únicamente durante las horas que realiza el trabajo el empleado del hogar, pero si no hay consentimiento, y salvo que exista orden judicial, la Inspección, no podrá entrar en el citado domicilio³⁷.

El consentimiento del titular, aunque no es necesario que sea formal, debe ser inequívoco, a cuyos efectos la inspección debe informarle adecuadamente sobre el derecho a negar la entrada en su domicilio, sin que sea admisible ningún tipo de coacción o intimidación. En su caso, el titular puede aceptar la entrada sólo en una zona en concreto de su domicilio, negando al acceso, al resto, pudiendo, en este caso, la inspección, de estar disconforme con ello, proceder a solicitar la autorización judicial.

También puede el titular, en cualquier momento, revocar el consentimiento prestado, debiendo los actuarios, en ese caso, abandonar inmediatamente el domicilio. En el caso de pluralidad de moradores el consentimiento lo puede otorgar cualquiera de ellos.

No olvidemos que la autorización judicial o requiere la previa negativa del titular (es decir, se requiere en defecto de consentimiento, pero no, indefectiblemente, para suplir la falta de consentimiento)³⁸; en cualquier caso, al tener

³⁵ STC de 17 de enero, respecto de la inviolabilidad del domicilio.

³⁶ Según el artículo 76.5. Ley reguladora de la Jurisdicción Social. «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, la Administración laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas.». Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. artículo 8.6: «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.». Precepto que debe considerarse extensivo a los actos de investigación o inspección (STC de 23 de febrero).

³⁷ El artículo 18.1 CE precisa dentro del concepto estricto de vida privada los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos derechos derivan de la dignidad de la persona y el objetivo de su reconocimiento consiste en garantizar al individuo un poder jurídico sobre la información personal y familiar, si bien con los límites de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. De acuerdo con la jurisprudencia del TC (STC de 12 de noviembre), el derecho al honor, a la intimidad familiar y personal —incluyendo la corporal— constituye un derecho intangible cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los tribunales.

³⁸ ATC de 26 de marzo: «...ello no impide que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, que el Juez debe ponderar..., pueda autorizarse la entrada en el domicilio sin previo aviso de su titular».

carácter de excepcional, el auto que autorice la entrada, debe ser motivado, y, además, en base al principio de proporcionalidad, señalar (aparte de identificar debidamente el domicilio y su titular), las circunstancias de la entrada y registro, es decir, ha de consignarse el contenido de la actuación a practicar, esto es, el tiempo señalado al efecto (día o días concretos), objeto (recoger documentación, etc.) e, incluso, número de personas³⁹.

Como ya hemos tratado anteriormente, insistimos en que la articulación de unos medios de control y el ejercicio de estos por parte de la Inspección de Trabajo se encuentra fuertemente limitada al concurrir diversos derechos que deben ser protegidos. Pero considero que, la empleada de hogar como ciudadana que, es tiene derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE), por lo que deberá reconsiderarse cómo facilitar a la Inspección de Trabajo el modo de comprobar que se está cumpliendo con lo establecido legalmente.

5. Dignificar el trabajo doméstico exige de la ratificación del convenio 189 de la OIT

Para la Organización Internacional del Trabajo «discriminar en el empleo y la ocupación es tratar a las personas de forma diferente y menos favorable debido a determinadas características como el sexo, el color de la piel, su religión, ideas políticas u origen social, con independencia de los requerimientos del trabajo». El artículo 1.º de la Convención sobre Discriminación en el empleo y la ocupación de 1958 define la discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia realizada en base a la raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad u origen social, que tiene el efecto de anular o perjudicar la igualdad de oportunidades y tratamiento en el empleo u ocupación».

La doctrina científica española ha recibido la aprobación del Convenio Colectivo número 189 y la Recomendación 201 de la OIT frente a las discriminaciones laborales del trabajo doméstico «un hecho histórico», como «una conquista social» (Quesada, 2011: 1), o como «un punto de inflexión» (Vela, 2017: 283), mediante el cual la OIT «integra a estos trabajadores dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente» (Romerál, 2013: 2).

Y es que la ratificación del convenio aseguraría en una pequeña recapitulación, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva (artículo 3/2), la

³⁹ Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los casos *Chappell* y *Niemietz* (Sentencias de TEDH de 30 de marzo de 1989 y de 16 de diciembre de 1992) han de limitarse, entre otros extremos, el período de duración y el tiempo de entrada, así como el número de personas que puedan acceder al domicilio, aun cuando no se identifiquen individualmente con carácter previo: vid STC 50/1995 citada, F.J. 7.º.

realización de inspecciones de trabajo eficaces (artículo 5/10/17), en las que se controle el debido cumplimiento de lo estipulado en el Régimen de trabajo, el derecho a recibir una información adecuada y verificable sobre su trabajo y sus empleadores/as (artículo 7), el control sobre las prácticas abusivas de las agencias de colocación (artículo 15), la no discriminación por motivos de sexo [género], (artículo 11), la eliminación de todo tipo de abuso en las relaciones laborales (Grau, 2019: 47), la edad mínima de entrada al trabajo (artículo 4), y finalmente la demandada equiparación al Régimen General de Seguridad Social (Art, 14). El gobierno actual, ha decidido no ratificar de momento dicho convenio, alegando como impedimento principal, la intervención dentro de los hogares, a sabiendas de las nuevas propuestas para ejercer estas inspecciones, la dificultad de regular las relaciones de salud y bienestar de estos para impedir riesgos laborales y de introducir la prestación de desempleo.

El derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable, aunque las medidas para su garantía se podrán adaptar poco a poco en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores (artículo 13 Convenio). Tales medidas (Recomendación, numeral 19) se destinan a eliminar o reducir al límite, en cuanto sea posible, los peligros y riesgos afines con el trabajo, al disponer un régimen de inspección con sanciones adecuadas, a confeccionar y posteriormente publicar estadísticas sobre enfermedades y accidentes en el trabajo doméstico, a prestar orientación en materia de seguridad y salud en el trabajo, comprendiendo los aspectos ergonómicos y mecanismos para protección, al mismo tiempo que la posibilidad de realizar programas para realizar formación.

Finalmente, la protección en materia de salud y seguridad laboral es un derecho de toda persona del que ninguna puede ser desprovista. La especificidad real de la naturaleza de sus empleadores, que no son empresas sino particulares sin las obligaciones preventivas complejas que la ley establece para las empresas, no significa que no tengan que velar porque el trabajo se realice en condiciones seguras. Tampoco las dificultades para la función inspectora, al no poder la Inspección de Trabajo entrar en un domicilio como sí puede hacerlo en los locales de una empresa, pueden impedir que la labor inspectora se realice. Estas especificidades aconsejan instrumentar mecanismos específicos y practicables para garantizar el derecho a un trabajo seguro y saludable y a la integridad psico-física de las personas empleadas en los hogares (Martínez, 2020: 31-32), pero nunca una excusa para eludir ese derecho.

6. Reflexiones finales

Es un hecho, que las mujeres soportan en mayor medida el peso del «empleo informal», muy asociada a actividades muy feminizadas; padecen mayores

porcentajes de exclusión laboral, ocupan trabajos menos cualificados y en general realizan su actividad en sectores menos estructurados y con mayor índice de precariedad.

Otro dato importante, es el aislamiento en que se produce el trabajo al servicio del hogar familiar. En muchos casos existe un único trabajador doméstico en el hogar familiar, y, en muchas ocasiones también, su actividad se realiza sola, sin compañía de quienes conviven en el hogar familiar.

Hay que recordar las restricciones que la Constitución establece en cuanto a las posibilidades de control de las actividades que se realizan en el hogar familiar, con las consiguientes consecuencias en materia de prevención de riesgos laborales.

Resulta necesaria la modulación de los derechos de ambas partes, especialmente de los laborales, ya que son, las personas trabajadoras las que se acaban subordinando y sometiendo de un modo realmente descompensado a favor de los derechos e intereses del empleador, más allá de lo necesario o justificado.

Los riesgos de esta actividad son idénticos a los que puede sufrir cualquier otro trabajador que la realice. A este respecto el legislador puede exigir al titular del hogar familiar el establecimiento de unas mínimas medidas necesarias para preservar la seguridad y salud de su empleado, al igual que se hace cuando el trabajo se presta por un trabajador de los protegidos por la Ley, por ejemplo, las previstas para el que realiza un jardinero, un chófer, un cocinero, o el personal de limpieza de un hotel, una residencia o un hospital. El trabajo es el mismo y las medidas preventivas también deberían serlo.

Velar por la salud laboral en este colectivo supone un reto en prevención de riesgos laborales, no sólo en lo que a factores tradicionales de riesgo se refiere sino por la exposición a otros factores de riesgo de tipo psicosocial (consideración de las jornadas de trabajo, régimen de descansos de especial importancia en situación de interinas, estrés y ansiedad por situaciones de pluriempleo, situaciones de acoso sexual, abusos...).

Nada impide que se establezcan un conjunto de previsiones básicas en cuanto a salubridad, intimidad personal, vigilancia de la salud, evaluación de riesgos, formación e información de estos trabajadores sobre los riesgos de su trabajo y del espacio donde lo desarrolla, el modo de ejecutarlo, las medidas preventivas que tienen que adoptarse, y las infracciones y sanciones derivadas de su incumplimiento.

El establecimiento de estas medidas demandaría unos mínimos conocimientos y una inversión económica que se incrementaría en el supuesto de acudir a terceras personas para evaluar los riesgos, formar al trabajador y adoptar las medidas preventivas.

Desde la perspectiva de la prevención de riesgos, que el titular del hogar familiar no esté dispuesto a asumir estos gastos, no parece admisible, como tampoco puede justificar la opción del legislador de excluir a esta relación laboral especial de la norma.

La ratificación por España del Convenio 189, aunque por sí misma no obligaría a cambios normativos inmediatos, sí debería ser el pistoletazo de salida para establecer un programa de actuación, con compromisos políticos y presupuestarios, para abordar, en plazo razonable, la reforma en lo que sea necesario de la normativa, y su efectiva implementación.

Dicha ratificación goza de un gran consenso social y político. Viene siendo reiteradamente demandada por los sindicatos, los colectivos de empleadas domésticas y las organizaciones feministas. Ha recibido también un amplísimo asentimiento parlamentario favorable en diversas ocasiones. El presidente del Gobierno y las ministras de Trabajo y de Igualdad han anunciado su compromiso de ratificarlo. Hacerlo contribuirá a corregir los déficits señalados y representa una oportunidad para avanzar en la justicia social y el trabajo decente para las empleadas del hogar y para toda la sociedad.

7. Bibliografía

- ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis (1993) *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*. Madrid. Ed. COLEX.
- AYALA DEL PINO, Cristina (2007) «La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar», *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 5.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2019) «El trabajo doméstico en la normativa de la OIT». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. Extra 9.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura (1998) en *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi y CARDENAL ALEMANY, Felipe (2002) «El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo: art. 312.2 in fine Cp. especial referencia a su aplicación jurisprudencial», *Revista del Poder Judicial*, núm. 66. Madrid.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2003) *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 4 (Ejemplar dedicado a: Extranjeros y derecho penal / José Antonio Martín Pallín (dir.)).
- COSPEDAL GARCÍA, María Dolores (1999) «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 6, *Ministerio de Justicia*.
- DE DIOS CASTRO, B. (2015) *Guía de prevención de riesgos laborales: empleadas del hogar*. Aranzadi.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (1985) «La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar», *Documentación Laboral*, número monográfico.
- Derecho de la prevención de riesgos laborales* (2010) Ed. Tirant lo Blanch.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (2016) «Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España». *Investigaciones Feministas* 129. Vol. 7 Núm 1.

- DOYAL, Len (1991) «Riesgos para la salud en el entorno doméstico: un marco conceptual», *Mujer, salud y trabajo*/Documento, Quadern CAPS, núm. 121.
- FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario (1996) *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Dykinson, Madrid.
- GARCÍA BLASCO, Juan, GONZÁLEZ LABRADA, Manuel y CARDENAL CARRO, Miguel (2001) *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA GALVERDE, María Dolores y GARCÍA VALVERDE, Facundo (2005) «La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El juego de la normativa civil y penal», *Revista de Derecho Privado*, núm. 11.
- GARCÍA VALVERDE, María Dolores (1995) «Una exclusión «particular» de la Ley de prevención de riesgos laborales: el servicio del hogar familiar, Ley de Prevención de Riesgos Laborales». (Coord.) R., ESCUDERO RODRÍGUEZ. XIV *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Málaga, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (1997): «Algunos aspectos preliminares en torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Lección 1.^a, en AA.VV., *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, (Dir.) J. I., GARCÍA NINET, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y APARICIO TOVAR, Joaquín (1996) *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid.
- GONZÁLEZ-CARVAJAL GARCÍA, Juan Manuel (2000) *Aspectos Jurídico Públicos de la Prevención de Riesgos Laborales*. Ed. Colex. 2000.
- GRAU PINEDA, Carmen (2019) «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos». *Lex Social*, vol. 9, núm. 2.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Guadalupe (1989) *Relaciones laborales especiales*, Il·lustre Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya, Mapfre Mutua Patronal, Barcelona, Vol. I.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2018), *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Ed. Tecnos.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (2000) «La relación especial del servicio del hogar familiar, El estatuto de los Trabajadores, 20 años después», *REDT*, núm. 100.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel (2006) *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de Reforma*, Albacete, Bomarzo.
- LÓPEZ JACOB, M.^a Jesús (2014) *Salud laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales* / Carlos Ruiz Frutos (aut.), Jordi Delclòs (aut.), Ana M. García García (aut.), Elena Ronda Pérez (aut.), Fernando G. Benavides (aut.).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2018) «Normativa Internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT». *Lan Harremanak* N.º 39.
- MARTÍNEZ ARRANZ, Sonia (2020) *Prevención de riesgos laborales en el sector del empleo doméstico: actividad física, entrenamiento mental y emocional como técnicas preventivas. Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo y PIZA GRANADOS, Jaime (1996), *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Ed. Mc Graw-Hill.
- MORENO CÁLIZ, Susana y MARÍN ALBÁ, S. (2004), «Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares». *AS* núm. 10 (Estudio).

- NIETO ROJAS, Patricia (2019) «Trabajo doméstico y derechos colectivos, algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT». *Lex Social*. Vol. 9 n.º 2.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (1991) «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español», *Relaciones Laborales*, número 8.
- PÉREZ OROZCO, Amaia y LÓPEZ GIL, S. (2016) *Desigualdades a flor de piel: cadenas globales de cuidados. Concreciones en el empleo de hogar y articulaciones políticas*. s.l. ONU Mujeres.
- QUESADA SEGURA, Rosa (2011) «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio n.º 189 OIT, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Iustel*, número 27.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (1998) «La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar (RD 1424/85 de 1 de agosto)», *AL*, Vol. I, 1986.
- RODRÍGUEZ-INIESTA, G. «El trabajo en el hogar no precisa esfuerzos (titular tomado del diario *El País*, viernes, 5 de febrero de 1999). En torno a la STSJ del País Vasco de 29 de septiembre de 1998», *AS*, ref. 81, T. IV.
- RODRÍGUEZ-INIESTA, Guillermo (2012) «Ante incumplimientos empresariales del empleador doméstico (afiliación, alta y cotización) ¿cabe exigirle responsabilidad prestacional por contingencias profesionales?», en *La Responsabilidad del empresario*, IX Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ed. Laborum.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa (2013) «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Aranzadi Social*, número 7.
- SALA FRANCO, Tomás (2010) *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Ed. Tirant lo Blanch.
- SALA FRANCO, Tomás (1986) «La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico», *RL*, T. I, núm. 4.
- SALCEDO BELTRÁN, María Del Carmen (2020) El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la «esclavitud moderna». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º. 55.
- SÁNCHEZ CUBEL, Dolores (1996) *Todo sobre la nueva ley de prevención de riesgos laborales*, Ed. Praxis.
- SANZ SÁEZ, Concepción «Derechos colectivos y empleadas del hogar: reformas jurídicas inaplazables para un trabajo decente del trabajo doméstico en España». <https://www.ccoo.es/99d7ae8ee035fef57c16d423f2cb62eb000001.pdf>.
- SCHNEIDER DE VILLEGAS, G. (1990), «Trabajadores a domicilio: Necesidad de una protección especial», *RIT*, Vol., 109, núm. 3.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, GARCÍA BLASCO, Juan, GONZÁLEZ LABRADA, Manuel, TORADA, Rebeca y MORENO, N. (2001) «Salud laboral y género», VV. AA. (Coord. Durán, M.ª Ángeles), *Mujer y trabajo. Problemática actual*, Ed. Germania.
- *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Ed. Tecnos, 2008, pág. 68.
- VELA DÍAZ, Raquel (2017) «La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social-Derecho Social Internacional y Comunitario*, número 127.
- VV.AA (1987) *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, dirigidos por BORRAJO DACRUZ, Efrén, ÉDERSA, Madrid, T. II, Vol. II.
- VV.AA, (2008), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales* (Coord. M. IGLESIAS CABRERO)- Ed. Civitas.
- VV.AA.(1997), *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (Dir. J.I GARCÍA NINET) Castellón.

LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO EN EL SISTEMA NORMATIVO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: FUNCIÓN GARANTISTA Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

The relevance of the right to health at work in the occupational risk prevention system: guaranteeing function and protection mechanisms

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA*

Universidad de Alcalá, España

RESUMEN

Este artículo aborda la problemática de la configuración jurídica del derecho a la salud en el trabajo desde la perspectiva de su conexión consustancial con el sistema normativo de prevención de riesgos laborales. Concretamente, se analizan de forma crítica los distintos presupuestos normativos que caracterizan el derecho a la salud en el trabajo y que se deben interpretar dentro de un bloque especializado de nuestro ordenamiento jurídico. En este sector normativo concurren distintas reglas especiales, que se despliegan en un marco legal complejo, presidido por un importante desarrollo normativo. Este estudio pretende realizar una reflexión sobre los principales problemas aplicativos del derecho a la salud en el trabajo desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial. La finalidad del estudio es clarificar algunas situaciones conflictivas presentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo tratamiento condiciona la protección jurídica del derecho a la salud en el trabajo.

Palabras clave: salud laboral, prevención de riesgos laborales, deber de protección, gestión preventiva.

ABSTRACT

This paper analyzes the problem of the legal configuration of the right to health at work from the perspective of the regulatory system for the prevention of occupational hazards. Specifically, the different normative assumptions that characterize the right to health at work are critically analyzed. This right is interpreted within a specialized area of our legal system. In this regulatory sector there are different special rules, which are deployed in a complex regulatory framework. This is characterized by an important regulatory development. This study aims to reflect on the main application problems of the right to health at work from a doctrinal and jurisprudential perspective. It is intended to clarify some conflictive situations present in our legal system, whose treatment conditions the legal protection of the right to health at work.

Keywords: occupational health, risk prevention at work, duty of protection, preventive management.

* **Correspondencia a:** José Eduardo López Ahumada. C/ Libreros 27, Alcalá de Henares (Madrid), España. – eduardo.lopez@uah.es – <https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>

Cómo citar: López Ahumada, José Eduardo. (2020). «La relevancia jurídica del derecho a la salud en el trabajo en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales: función garantista y mecanismos de protección»; *Lan Harremanak*, 44, 103-134. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22205>).

Recibido: 30 octubre, 2020; aceptado: 02 diciembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Una de las cuestiones claves del tratamiento de la tutela del derecho a la salud laboral depende de la concepción de distintos aspectos esenciales en la materia, tales como el ámbito subjetivo de aplicación de dicha rama del ordenamiento jurídico, la configuración legal del deber general de protección del empresario, los derechos de los trabajadores y obligaciones patronales¹. Todo ello se presenta como un aspecto esencial de la tutela jurídica que brinda nuestro ordenamiento jurídico a la seguridad y salud en el trabajo. En definitiva, en las siguientes páginas se abordan los aspectos clave que permiten identificar el tratamiento legal de los derechos y deberes en materia preventiva, cuyo cumplimiento se garantiza legalmente en virtud de los mecanismos de responsabilidad jurídica.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales hay un indudable fundamento tuitivo orientado a la vinculación entre las contingencias profesionales y la gestión preventiva del riesgo laboral, sin olvidar, claro está, los posibles mecanismos de protección en caso de producirse el daño laboral². En este sentido, se prestará especial atención a la respuesta específica que la legislación prevé en atención a las consecuencias del daño laboral, que, en definitiva, es el fundamento mismo del régimen de responsabilidad empresarial de carácter multidisciplinar³. En este trabajo se estudian, pues, los fundamentos jurídicos de la protección del derecho a la salud del trabajo, profundizando en el contenido esencial de dicha categoría jurídica. De igual modo, se analizarán las distintas normas que se refieren a este bloque especializado de nuestro ordenamiento jurídico, destacando las reglas esenciales dentro de un marco normativo complejo, presidido por un importante desarrollo normativo.

2. La conformación de la noción de derecho a la prevención de riesgos laborales

Con carácter general, conviene señalar que, si bien es cierto que no podríamos hablar en sentido estricto de un derecho a la prevención de riesgos labora-

¹ La legislación especializada en prevención de riesgos laborales diseña un complejo sistema de obligaciones empresariales, que tiene sus efectos en la gestión ordinaria de la salud y la seguridad en el trabajo (Sempere Navarro —García Blasco— González Labrada, Cardenal Carro, 2001: 263-264; Díaz Moliner, 1998: 454). En relación a las correlativas obligaciones de los trabajadores en materia preventiva destacamos los siguientes trabajos de investigación (Gorelli Hernández, 1996: 216; Lozano Lares, 1999: 149-172, Rayón Ballesteros, 2020: 111-113).

² Desde la perspectiva de la delimitación del riesgo laboral a efectos del sistema de prevención de riesgos laborales (Ríos Santos, 2018: 39-52).

³ Efectivamente, el incumplimiento de las normas preventivas es el fundamento mismo de la responsabilidad laboral, que encuentra su máxima expresión en los supuestos de concurrencia de accidente de trabajo (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2008: 15-32; Desdentado Bonete, 2007: 443-ss).

les, sí deberíamos insistir en la idea de que dicho interés de los trabajadores se satisface en virtud de la conjunción de una serie de derechos subjetivos que formarían parte la prevención de riesgos laborales en las empresas. Estos derechos se engloban, con carácter general, en el derecho contemplado en el importante art. 14 de la LPRL, que garantiza el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. La garantía de una protección eficaz en materia de salud laboral se desarrolla con un catálogo de derechos específicos, que vendrían a configurar ese derecho general a la protección de la seguridad y salud en el trabajo.

Todo ello incluye aspectos tales como el derecho a disponer de equipos de protección individual, el derecho de información, consulta y participación, el derecho a recibir formación teórica y práctica en materia preventiva, el derecho a la vigilancia periódica de su estado de salud, el derecho de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos o el derecho de protección de la maternidad. Correlativamente, dichos derechos se corresponden, a su vez, directa o indirectamente, con obligaciones previstas legalmente para las empresas. Evidentemente, el catálogo de derechos de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales tiene una relación directa con las obligaciones de las empresas en materia preventiva.

Con todo, estamos desarrollando la idea de que, si bien la legislación no contempla en sentido estricto un derecho a la prevención de riesgos laborales, no cabe duda de que al igual que la salud laboral es un derecho reconocido constitucional y legalmente, la prevención de riesgos laborales se presenta evidentemente como interés legal de los trabajadores. Y, por extensión, los trabajadores tienen derecho a ver satisfecho dicho interés jurídico. Por ello, en última instancia no cabe duda de que la prevención de riesgos laborales se configura igualmente como un derecho, ya que la gestión diligente de los riesgos laborales permite asegurar dicho interés y, en consecuencia, satisface en última instancia el derecho a la salud laboral. Por todo ello, podemos afirmar que existen evidentes manifestaciones que permiten corroborar la presencia de un derecho subjetivo al desarrollo de la prevención de riesgos en el ámbito laboral, que convive ciertamente con el derecho objetivo a la prevención de los riesgos en el trabajo, como legislación especial dentro del ámbito del ordenamiento jurídico laboral.

Se trata, como hemos indicado, de un derecho extensivo y ciertamente sensible, ligado a la idea del interés público y social. Todos los trabajadores serían, pues, titulares de dicho derecho a la salud en el trabajo, con independencia del tipo de contrato que posean o de su adscripción al sector público o privado. En este sentido, la propia ley garantiza la efectividad de este derecho fundamentalísimo, reconociendo unos derechos específicos que posibilitan acciones individuales y colectivas de autoprotección. Estos derechos básicos son los siguientes: a) el derecho de información, que permite recibir a los trabajadores toda la

información necesaria sobre los riesgos de su puesto de trabajo, sobre las medidas de protección y prevención aplicables y sobre los planes de emergencia. También se incluye el derecho a recibir información en relación a los productos químicos, que será facilitada al empresario por los suministradores. (LPRL art. 18.1., LPRL art. 41.2.); b) El derecho de formación, que se materializa en la necesidad de proveer formación teórica y práctica en materia preventiva, que deberá actualizarse siempre que sea necesario. El tiempo dedicado a esta formación debe tener la consideración de tiempo de trabajo (art. 19 LPRL); c) el derecho de propuesta, reconocido concretamente como un derecho a formular mejoras al empresario, al comité de salud y seguridad o a los delgados de prevención, con el fin de satisfacer el objetivo de la salud y seguridad en el trabajo (art. 18.2 LPRL); d) El derecho de participación en todos los aspectos de la prevención en el trabajo. Si la empresa cuenta con representantes de los trabajadores, la participación se ejerce fundamentalmente a través de los delgados de prevención (art. 34 LPRL); e) El derecho a poder denunciar, recurriendo a la Inspección de Trabajo, si se considera que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. (art. 40.1 LPRL); f) El derecho de resistencia, pudiendo los trabajadores cesar en la actividad laboral y abandonar el trabajo, cuando se considere que existe un riesgo grave e inminente para su vida o su salud, no pudiendo ser sancionado por ello, salvo que haya obrado de mala fe o cometido negligencia grave⁴ (art. 21 LPRL) y, por último, g) El derecho a la vigilancia de su salud, en función de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo, y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud (art. 22 LPRL).

De igual modo, no debemos olvidar que dichos derechos igualmente implican la existencia de obligaciones para los trabajadores. Sin duda, ello tiene una importante proyección en materia de responsabilidad jurídica, pudiendo incluso exonerar, en su caso, la posible responsabilidad empresarial⁵. En este sentido, el art. 19.2 del ET prevé que el trabajador está obligado a observar en su trabajo

⁴ Con carácter general, el propio TS entiende que en determinadas circunstancias la conducta del trabajador accidentado puede determinar «no sólo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración». Vid. STS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 6733). STS (Social) de 12 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1015). STS (Social) de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9296). STS (Social) de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9296). Téngase en cuenta la proyección de aquellos supuestos en los que accidente pueda derivar de un comportamiento negligente del propio trabajador. Vid. STSJ de Cataluña (Social) de 6 de marzo de 2006 (AS 2006, 2603). STSJ de Extremadura (Social) de 28 de febrero de 2017 (AS 2017, 219).

⁵ En este sentido, conviene señalar que el sistema descarta la proyección de una responsabilidad cuasi objetiva por los daños que se puedan producir. Ello afecta, por ejemplo, a aquellas situaciones en las que los riesgos producidos se dan en una actividad con riesgos originarios y que difícilmente se puede suprimir. Vid. STS (Social) de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6853). STS (Social) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9673). STS (Social) de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8349). STS (Social) de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 7639).

las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene y, correlativamente, el art. 29 LRPL contempla la obligación de cada trabajador de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional⁶. Sin duda, el comportamiento de los trabajadores puede tener una conexión indudable con la producción del daño laboral, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo⁷. En estos casos, se deberá tener en cuenta la exigencia de responsabilidad jurídica de conformidad con la formación de los trabajadores, su aptitud para el trabajo, así como la existencia de instrucciones y medidas preventivas adoptadas previamente por el propio empresario⁸.

3. La centralidad del derecho a la salud en el trabajo y su conexión con la obligación empresarial de prevención de los riesgos laborales

El art. 40.2 de la Constitución contempla un principio fundamental, que inspira el modelo legal de prevención de riesgos laborales, y que únicamente se comprende desde el punto de vista de la protección jurídica. De igual modo, deberíamos relacionar dicho principio constitucional con el derecho fundamental a la necesaria tutela en el ámbito laboral de la vida y la integridad física y moral de los trabajadores (art. 15.1 CE). La relevancia de dicho derecho fundamental de los trabajadores va a tener inevitablemente una proyección en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Esta afirmación se asienta, pues, en el importante objeto de la protección, que se refiere a aspectos esenciales como la tutela del derecho a la vida y a la integridad física de los trabajadores (art. 15 CE). En

⁶ Desde este punto de vista, se ha interpretado que el art. 29.1 LPRL obliga en cierto modo al trabajador a velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de otras aquellas personas que se puedan ver afectadas. No obstante, todo ello en el bien entendido de ser una obligación que se aplicará en la medida de sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que previamente adopte el empresario. Vid. STSJ de Cantabria (Social) de 17 de junio de 2004 (AS 2004, 1903).

⁷ Con carácter general, «la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva». Vid. STS (Social) de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3640). STS (Social) de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1546). STS (Social) de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3037). STS (Social) de 7 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7724). En cierto modo se demanda la preexistencia de un nexo causal entre el incumplimiento y el resultado lesivo, que resulta necesario desde el punto de vista de la exigencia de la responsabilidad. Vid. STSJ de Madrid (Social) de 3 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 7774).

⁸ Igualmente, conviene señalar la importancia de la adecuación entre la organización del trabajo y las capacidades de los trabajadores en el desempeño del trabajo. Vid. STSJ de Aragón de 20 de mayo de 2002 (AS 2002, 2077). STSJ Islas Canarias-Santa Cruz de Tenerife (Social) de 28 de abril de 2005 (AS 2005, 1082). STSJ de Murcia (Social) de 14 de junio de 2004 (JUR 2004, 197919). A propósito de su compensación en virtud de la obligación primaria del empresario en materia preventiva. Vid. STSJ de Cataluña (Social) de 19 de febrero de 2003 (AS 2003, 1800).

realidad, nos encontramos ante el primer derecho fundamental reconocido en la Constitución, que convive con otros principios rectores de la política social y económica. Efectivamente, el artículo 40.2 CE mandata a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, así como a garantizar el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), y todo ello como manifestación de la necesaria tutela de la salud pública a través de medidas preventivas⁹, prestaciones sociales y servicios necesarios para alcanzar dicho objetivo.

En este sentido, debemos destacar que nuestro ordenamiento jurídico se asienta en el derecho de los trabajadores a la salud en el trabajo. Ciertamente, esta afirmación es de vital importancia y se presenta como el fundamento mismo de la tutela jurídica. Este es el sustrato de las distintas figuras tuitivas, que van mucho más allá de la propia concepción de un derecho a la prevención de riesgos laborales. Precisamente, el propio art. 40.2 de la Constitución Española no prevé un derecho a la prevención de riesgos laborales. Dicho precepto constitucional se limita a encomendar a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, el objetivo de satisfacer el interés por tutelar la seguridad e higiene en el trabajo. Sin duda, la protección constitucional tiene su fundamento en una concepción que tiene como referente la tutela de la salud laboral como un interés general. La prevención de riesgos laborales se presenta, pues, como un problema social y, por tanto, colectivo, que necesita de la mayor protección y de un reconocimiento jurídico cualificado.

Si descendemos al ámbito de la legislación laboral, debemos destacar en primer lugar la proyección del propio Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 4.2.d) ET se refiere expresamente a que los trabajadores tienen derecho, en la relación laboral, «a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales». Esta proclamación se desarrolla legalmente en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL). Sin embargo, ningún precepto de dicha disposición legal se refiere expresamente y de forma específica a un derecho a la prevención de riesgos laborales, como tampoco lo hace la propia legislación general. Sin embargo, la LRPL sí que alude en distintas ocasiones al derecho a la salud en el trabajo. En este sentido, en la propia Exposición de Motivos de la LPRL se insiste en diversos pasajes en «la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo». Es decir, la propia ley asienta su contenido regulador en la necesidad de proveer al trabajador de medio ambiente de trabajo seguro y saludable, estableciendo «un adecuado nivel

⁹ La jurisprudencia destaca la relevancia del desarrollo y aplicación de medidas preventivas. Sin duda, la elusión de dichas medidas orientadas a evitar o reducir los daños convierte a la empresa en potencial responsable de los resultados lesivos. Vid. STSJ de la Rioja (Social) de 27 de septiembre de 1994 (AS 1994, 3316). STSJ de la Rioja (Social) de 15 de noviembre de 1995 (AS 1995, 4247). Desde la perspectiva de la jurisprudencia menor destacamos la siguiente resolución. Vid. STSJ de Cataluña (Social) de 17 de abril de 2001 (AS 2001, 2310).

de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo». Sin duda, la protección de dicho derecho se asienta en la necesidad de promover empresarialmente una gestión adecuada y eficaz de la prevención de riesgos laborales. Con todo, en este momento debemos resaltar la importancia «del reconocimiento del derecho de los trabajadores en el ámbito laboral a la protección de salud e integridad», y todo gracias a la articulación de una serie de obligaciones, que están orientada a la garantía de dicho derecho y cuya inobservancia dará lugar a la consiguiente respuesta en virtud de los mecanismos de responsabilidad jurídica.

4. El estándar mínimo de protección derivado del Derecho Social Europeo y su asimilación en nuestro ordenamiento jurídico

Ciertamente, es preciso resaltar la importante vinculación del reconocimiento en la legislación española del derecho a la salud laboral en clara sintonía con los principios y directrices emanados del Derecho Social Europeo. Sin duda, este fue un factor determinante y decisivo para la promulgación de la LPRL. Ello nos obliga a buscar siempre dicho referente ante cualquier duda o laguna en la interpretación o aplicación de las normas. De igual modo, en esta materia es especialmente importante tener en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyas resoluciones jurisdiccionales han impulsado el ideal de protección comunitario del derecho a la salud en el trabajo. Ciertamente, la Unión Europea ha prestado tradicionalmente una especial atención a este bloque normativo especializado, que se nos presenta como uno de los vértices esenciales de la regulación del Derecho Social Europeo y que ha venido a conformar uno de los ejes de la política social comunitaria.

España incorporó a su ordenamiento jurídico este bloque tardíamente. Concretamente, ello se produjo en el año 1995, con la aprobación de la LPRL, cuando debería haberlo realizado antes de 1992. Sin duda, se trataba de una labor sumamente compleja desde el punto de vista jurídico, que supuso la transposición a nuestra legislación laboral de la ambiciosa Directiva 89/391, Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo, de 12 de junio de 1989. Dicha Directiva aborda efectivamente un intenso catálogo de protección mediante la aplicación de medidas orientadas a la promoción de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. En este sentido, conviene destacar la relevancia de la defensa de la salud laboral, como un aspecto esencial de la nueva acción normativa, que venía a extender una noción de política preventiva muy extendida en Alemania o en los países nórdicos de Europa¹⁰. Efectivamente, el estímulo de la prevención de ries-

¹⁰ Podríamos decir que la regulación europea acoge la noción de seguridad y salud en el trabajo como manifestación de la concepción germánica y escandinava relativa a considerar el lugar de tra-

gos en el trabajo es un objetivo crucial para intentar propagar la cultura de la preventiva. Precisamente en este cambio de perspectiva igualmente juega un importante papel la propia legislación. Muchas claves de la Directiva Marco tienen su fundamento en la noción nórdica, que intenta hacer recaer en las empresas la gestión de la prevención de los riesgos laborales, canalizando el fomento de la salud generalmente gestionada por los servicios públicos. Todo ello supone, en definitiva, reorientar la salud laboral a la gestión ordinaria de las empresas¹¹.

El objetivo de la tutela efectiva de la seguridad y salud en el trabajo suponía incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una materia sumamente tecnicada y de carácter multidisciplinar. Ello se presentaba como un importante reto de cara a conciliar los intereses antagónicos de las partes sociales. Evidentemente, en su momento dicha nueva regulación de la prevención de riesgos laborales implicaba la asunción de importantes costes económicos de la gestión preventiva por parte de las empresas¹², incorporando un canon de protección ambicioso. Dicha protección se asentaba en el núcleo social europeo, que se promocionó en un momento político, económico y social favorable a la asunción de nuevos programas sociales de protección en el trabajo, enmarcados en un contexto

bajo como un plano esencial del desarrollo de la vida personal. Desde esta perspectiva, el lugar de trabajo se ve influido desde el punto de vista laboral por el medio ambiente de trabajo. Efectivamente, la organización del trabajo desemboca en un medio ambiente laboral saludable, que aumenta significativamente el bienestar general de los trabajadores.

¹¹ A efectos de profundizar en estos aspectos, se recomienda el estudio del siguiente trabajo de investigación (Johansson, 1996: 19-22). Por tanto, en este sentido, se puede enfocar la orientación europea prevista en las Directivas comunitarias con el fin de configurar una gestión en la empresa mucho más activa y continua, que supone poner el centro de gravedad en la protección de la salud en el trabajo, desincentivando permanentemente las posibles resultas de los daños sobrevenidos.

¹² En este sentido, la Directiva Marco 89/391, finalizó su período de transposición por parte de los Estados en diciembre de 1992 y su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos no podía retrasarse más en el tiempo. En el caso español, nuestro Estado incumplió su obligación de transposición, que se realizaría efectivamente en el año 1995, con la promulgación de la LPRL. Ciertamente, se trataba de una recepción tardía, influida por la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva Marco europea. En este sentido, el TJUE en 1996 condenó al Estado español por no transponer en plazo hasta siete directivas relativas al bloque de la seguridad y salud en el trabajo. Dichas disposiciones normativas europeas se referían a aspectos esenciales, como son los lugares de trabajo, los equipos de protección individual, las sustancias peligrosas, los agentes cancerígenos y las pantallas de visualización.

En relación a las Directivas complementarias de la Directiva marco, téngase en cuenta el siguiente catálogo normativo: Directiva 80/1107, de 27 de noviembre de 1980, sobre exposición a agentes químicos, físicos o biológicos, art. 11; Directiva 88/642, de 16 de diciembre de 1988, sobre riesgos de exposición a los mismos agentes, art. 2; Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989 (Directiva Marco), art. 18; Directiva 90/270, de 29 de mayo de 1990, sobre videoterminales, art. 11; Directiva 91/383, de 25 de junio de 1991, sobre seguridad y salud de trabajadores con relación de duración determinada o en cesión temporal, art. 10, y Directiva 96/29, de 13 de mayo de 1996, sobre riesgos de radiaciones ionizantes, art. 55. En cambio, hacen referencia a la adaptación mediante acuerdos colectivos la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, sobre seguridad y salud de la trabajadora gestante o en puerperio, art. 14; la Directiva 94/33, de 22 de junio de 1994, sobre protección de los jóvenes en el trabajo, art. 17, y la Directiva 93/104, de 23 de noviembre de 1993, sobre tiempo de trabajo, art. 14.

de bonanza económica. Sin duda, se trataba de una situación especial y propicia para la mejora de las condiciones en el trabajo, que años más tarde, en tiempos de crisis económica, vendría a dar lugar a un repliegue efectivo de la protección de la salud en el trabajo. Este nuevo período ha supuesto una parálisis del bloque especializado en prevención de riesgos laborales. Todo ello, además, propiciado por la propia crisis institucional de la Unión Europea.

En cualquier caso, debemos destacar, una vez más, que la normativa legal de prevención de riesgos laborales guarda una estrecha vinculación con su referente europeo. Sin duda, esta afirmación se vislumbra tanto en su estructura, como en su contenido. Las previsiones normativas de la LPRL están claramente inspiradas en las reglas comunitarias. Sin duda, ello supuso una importante revisión y actualización de nuestro ordenamiento jurídico laboral, viniendo a desplazar los principios y las reglas europeas a las tradicionales medidas laborales dispersas en la legislación laboral. En gran medida, la respuesta tradicional en materia de prevención de riesgos laborales se producía especialmente en virtud de normas sectoriales de seguridad laboral, aplicables previamente a través de las ordenanzas laborales. Dichas ordenanzas laborales siguieron teniendo proyección en las relaciones laborales españolas hasta la consolidación del modelo de negociación colectiva constitucional.

La revisión de la legislación en atención al canon de protección europeo supuso un importante esfuerzo de sistemática normativa, que vino a resolver muchos problemas relativos a la dispersión normativa previa en materia de salud laboral. Actualmente, desde la perspectiva preventiva existe un bloque normativo unificado y sistemático, pero esta afirmación no se puede trasladar miméticamente al ámbito de la protección o reparación del daño laboral. Sin duda, uno de los grandes problemas de interpretación y aplicación casuística se focalizan en la determinación de la responsabilidad jurídica derivada del incumplimiento de las obligaciones preventivas de las empresas¹³. Conviene destacar que sigue actualmente existiendo un régimen jurídico fragmentado, que nos obliga a buscar transversalmente los mecanismos de protección del derecho a la salud y la seguridad en el trabajo. Sin duda, esta unificación del régimen preventivo supone una evidente mejora para la comprensión del sistema normativo, que facilitaría al intérprete el conocimiento del conjunto de normas aplicables en materia preventiva. En gran medida, esta situación de diáspora normativa no debería trasladarse a los mecanismos de reparación del daño, que están previstos dispersamente y que hacen de su conocimiento una materia exclusivamente dedicada para juristas y abogados especializados en la materia. A ello deberíamos sumar la propia complejidad intrínseca

¹³ Se ha sostenido doctrinalmente que el trabajador no tendría una obligación equiparable a la deuda empresarial, sino que su obligación reside en un deber de colaboración. En realidad, la posición jurídica de sujeto activo de prevención recae en el empresario (Lozano Lares, 1999: 151). En cambio, se entiende que el deber de cumplimiento por parte trabajador es más intenso, como manifestación de sus obligaciones laborales inherentes al propio vínculo contractual (Poquet Catalá, 2011: 3-5).

al conocimiento de los mecanismos de protección. Esta dispersión normativa crea importantes confusiones aplicativas, como se puede ver desde el punto de vista de la respuesta jurisdiccional a las situaciones conflictivas.

Efectivamente, el bloque normativo europeo de seguridad y salud en el trabajo ha venido a fomentar la promoción del derecho a la salud laboral en nuestro ordenamiento jurídico. En este mismo, sentido conviene indicar que las Directivas Europeas relativas a la seguridad y salud en el trabajo igualmente aluden a la acción normativa de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas para la adaptación nacional de su contenido. Sin duda, ello ha dado lugar a proceso continuo de regulación, conformando un bloque de normativa en materia de prevención de riesgos laborales, en clara defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores. En efecto, esta tendencia ha transformado nuestra legislación especializada en salud laboral y ha dado lugar a nuevas vías de protección de los intereses de los trabajadores en la materia.

5. La plasmación del derecho a la salud en el trabajo en la legislación especializada de prevención de riesgos laborales: defensa efectiva, más allá de una mera política preventiva en la empresa

5.1. La conformación de una rama del ordenamiento jurídico especializada en materia salud laboral

El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales nació como consecuencia de la aprobación de la LPRL. Dicha disposición legal afrontó la necesidad de abordar la regulación de un conjunto de materias que se encontraban extramuros del ámbito jurídico, y que necesitaba de un tratamiento en nuestra legislación para garantizar el derecho a la salud laboral¹⁴. Esta acción normativa supone la conformación de una rama de nuestro ordenamiento jurídico especializada en la prevención de los riesgos laborales. Sin duda, la LPRL vino a acoger la tutela preventiva de los riesgos profesionales, abandonando la anterior referencia a la seguridad e higiene en el trabajo, como incluso se prevé actualmente en la Constitución¹⁵.

La ley vino a enfatizar la vertiente preventiva, siendo el factor de la prevención objetivo decisivo para evitar la proliferación de la siniestralidad en el trabajo.

¹⁴ En este sentido, se destacada la relevancia de la recepción del bloque relativo a la seguridad y salud en el trabajo, tanto desde el punto de vista formal, como desde su contenido jurídico (Fernández Marcos, 1995: 817-820). De este modo, se producía en nuestro sistema jurídico un importante cambio normativo, que suponía dejar a tras la proyección de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, que fue una norma de referencia previa a la LPRL durante veinticinco años.

¹⁵ En relación a la recepción constitucional de la protección de la salud laboral, ténganse en cuenta los siguientes estudios de referencia (Fernández Marcos, 1975: 56-ss; Montoya Melgar -Piza Granados, 2000: 72-ss; García Ross, 1995: 335-337, Igartua Miró, 2020: 15-17).

Como hemos podido observar, esta fórmula del legislador español proclive a la prevención de riesgos laborales contrasta con la opción europea, acogiendo la Directiva Marco la referencia a la seguridad y salud en el trabajo. Sin duda, la nomenclatura europea supone un mayor énfasis en el bien jurídico protegido y se relaciona con un concepto moderno de protección integral de la salud en el ámbito laboral, que va mucho más allá de las concepciones estáticas de higiene laboral y de trabajo seguro, que se contemplaba en el año 1978 en nuestra Constitución, al referirse expresamente en su art. 40.2 a la noción de seguridad e higiene en el trabajo. Con todo, el objetivo primero debe ser la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, aunque nuestro sistema jurídico ponga énfasis en el aspecto preventivo. Estamos, pues, ante una previsión esencial que debe incorporarse en la gestión preventiva de las empresas, como se contempla en el art. 15 de la LPRL.

5.2. El fomento de la cultura preventiva superando el tratamiento del daño

Desde esta perspectiva, debemos destacar que nuestra legislación pone especial énfasis en el medio por encima del resultado, aunque este está plenamente protegido por la proyección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Incluso conviene destacar que se ha criticado esta referencia a la prevención de riesgos laborales, como una opción que venía a asumir una posición defensiva respecto de la tutela jurídica de los riesgos profesionales. Con todo, esta cuestión terminológica no es un aspecto menor y en gran medida tenía en su momento una explicación orientada a favorecer una mejor recepción del nuevo sistema normativo de la prevención de riesgos laborales por parte de los empresarios¹⁶. Desde esta perspectiva, la asunción legal de la labor preventiva sobre la protección del daño podría entenderse como un aspecto que vendría a infravalorar la tutela del bien jurídico. Sin embargo, ya hemos indicado que dicha protección se encuentra legalmente asegurada. En cierto modo, la opción legal del legislador tenía como finalidad el hecho de poner énfasis en el aspecto preventivo, ante un contexto empresarial que no tenía incorporada aún la cultura preventiva en su actividad empresarial.

Dicho reconocimiento legal se producía asumiendo la necesidad de proteger el derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde una disposición con rango de ley, otorgando su debida importancia a la prevención de riesgos laborales. Dicha acción normativa venía a confirmar el papel central de la prevención de riesgos laborales en nuestro ordenamiento. La ley presenta a la prevención de riesgos laborales como un instrumento básico para la lucha contra la siniestralidad, que actúa de forma previa y conjunta con el sistema de reparación de los daños sufridos como consecuencia de la ejecución del trabajo. Con todo, ciertamente la cuestión pendiente sigue siendo la coordinación de dichos bloques de normatividad, permitiendo que

¹⁶ En este sentido, se ha indicado que la referencia a la prevención de riesgos laborales tiene un valor propositivo, cuya finalidad no es otra que «contraponer el aspecto preventivo al clínico, la evitación del riesgo antes que el tratamiento del accidentado para su recuperación» (Ojeda Avilés, 1997: 7-9).

entre la prevención y la reparación existan vías de comunicación y que no se produzca una regulación autónoma y aislada en forma de compartimentos estancos.

5.3. La importancia del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación preventiva

La LPRL es una disposición normativa sumamente importante, que ha venido a modificar y actualizar la respuesta del ordenamiento jurídico en atención a los principios preventivos básicos. Evidentemente, uno de los aspectos más relevantes de la protección legal reside en el aumento considerable del ámbito subjetivo de aplicación de la LPRL. Estamos ante una tutela que se proyecta de forma extensiva a todos los trabajadores subordinados, con independencia de su relación laboral, se corresponda con el trabajo indefinido o temporal, o con independencia de su jornada a tiempo completo o parcial. Concretamente, debemos destacar que la LPRL, en su contenido normativo, presta especial atención a la protección de los trabajadores temporales. Legalmente se han reforzado las obligaciones empresariales de prevención y formación respecto de dicho colectivo (art. 28 LPRL), que en nuestro mercado de trabajo tiene un protagonismo elevadísimo debido a la estacionalidad de la economía española, la rotación laboral y a las posibles prácticas fraudulentas en la contratación temporal.

De igual modo, debemos resaltar la importancia del ámbito subjetivo de aplicación de la ley, cuyas sus reglas protectoras se proyectan incluso extramuros de la legislación laboral. La LPRL se aplica igualmente a trabajadores autónomos, así como a los funcionarios públicos. Estamos ante una manifestación de la ampliación del ámbito subjetivo de la LPRL a otras categorías jurídicas no sometidas al Derecho del Trabajo. Todo ello supone la existencia de una protección transversal a cualquier tipo de trabajo, sea este subordinado o autónomo, dando mayor protagonismo y especialidad a la disciplina de la prevención de riesgos laborales. Dicha especialidad normativa ha fomentado efectivamente la elaboración de estudios doctrinales ligados a la prevención de riesgos laborales, como un ámbito de análisis técnico derivado de la existencia de una parcela de nuestro ordenamiento jurídico con una evidente autonomía científica. Es decir, estaríamos ante un bloque de nuestra legislación con un elevado grado de especialidad, que le convierte en un sector del ordenamiento especial, que no se integra plenamente en el ámbito normativo que representa el Derecho del Trabajo. Y dicha especialidad muestra una importante resistencia a ser aglutinada en el Derecho del Trabajo, a pesar de que nuestro Derecho Laboral se muestre actualmente como una legislación de contenido variable y apegado a la realidad. Evidentemente se trata de bloques normativos diversos, con un ámbito y una intensidad de protección diferentes, a pesar de sus múltiples puntos de conexión normativa¹⁷.

¹⁷ Esta característica del modelo vigente de prevención de riesgos laborales, en el que la protección de la seguridad y la salud laboral se diferencia y distancia de la protección jurídico laboral, puede contemplarse en el siguiente estudio de referencia (González Labrada, 1996: 173-174).

Especialmente significativo es el caso de los trabajadores autónomos, que igualmente deben cumplir con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo previstas legalmente (art. 3 LPRL). Ello es así, aun teniendo presentes las especialidades derivadas del autoempleo, que supone un tiempo de actividad diversa a la noción de trabajo por cuenta ajena. Ciertamente, la inclusión del trabajo autónomo en el ámbito de aplicación de la LPRL tiene su sentido debido a la gran importancia que representa el autoempleo en el mercado de trabajo español. En efecto, dicha inclusión del trabajo independiente en materia preventiva se presenta como una medida tendente a promover la importancia de la cultura de la prevención en las empresas. La vinculación de los autónomos a las normas preventivas representa una opción decidida por la lucha contra la siniestralidad laboral y por evitar las consecuencias costosas de los accidentes de trabajo. Ello explica igualmente la inclusión de dichos trabajadores en el ámbito protector de la Seguridad Social para proteger los riesgos profesionales. La prevención se manifiesta como un importante recurso para evitar que los costes derivados de los accidentes de trabajo repercutan al conjunto de la sociedad. No obstante, el catálogo de obligaciones preventivas muestra una adaptación a la forma de trabajo autónomo, simplificándose alguna de ellas, como sucede, por ejemplo, con la obligación formativa en materia de prevención de riesgos laborales, que únicamente es imperativa cuando se empleen a trabajadores por cuenta ajena o cuando el trabajo autónomo lo requiera en función de su peligrosidad. Por tanto, el conjunto de las obligaciones preventivas de los trabajadores autónomos debería adaptarse a la actividad, teniendo en cuenta la necesidad de prever los riesgos y adoptar las medidas preventivas adecuadas según la peligrosidad de la actividad productiva. Sin duda, una de las críticas más relevantes a la inclusión del trabajo autónomo en el ámbito de aplicación de la ley reside en la configuración difusa de su deber de prevención, caracterizado de forma imprecisa y con grandes dosis de indefinición.

5.4. El desarrollo normativo de derecho a la prevención de riesgos laborales desde un punto de vista cualitativo

Sin duda, otro de los aspectos relacionados con el tratamiento legal de la prevención de riesgos laborales se encuentra en su desarrollo normativo¹⁸. La regulación reglamentaria en ejecución de la LPRL ha sido intensa y se ha mostrado especialmente importante en materia de servicios de prevención. De igual modo, existe un espacio relevante a la acción de la negociación colectiva, que en la práctica no ha tenido un papel importante desde el punto de vista cualitativo. Efectivamente, la regulación de la prevención de riesgos laborales no se agota

¹⁸ En efecto, la necesidad de un amplio desarrollo normativo ha sido destacada doctrinalmente y fue necesario para alcanzar el objetivo de colmar el vacío de regulación que en su momento existía en nuestra legislación. Se trataba de una situación que era preciso afrontar con el fin de garantizar la correcta recepción del Derecho Social Europeo (Sala Franco - Arnau Navarro, 1996: 45).

con la LPRL, sino que se necesita de un importante tratamiento normativo, sobre todo, en una materia tan técnica como es la prevención de riesgos laborales.

La regulación de salud y seguridad en el trabajo requiere de un amplio desarrollo reglamentario. En este sentido, la LPRL, en su artículo 6, ya contemplaba la necesidad de aprobar hasta siete reglamentos técnicos. En el momento de aprobación de la ley, el objetivo era sustituir la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, pero dicha regulación reglamentaria debería igualmente contemplar aspectos técnicos de las directivas europeas, que no se recogían en la LPRL. Se trata, pues, de un catálogo amplio reglamentario que afecta a cuestiones tales como las exigencias mínimas de protección de las condiciones de trabajo, las limitaciones o prohibiciones relativas a los agentes que causan riesgos para la salud, los procedimientos de evaluación de los riesgos laborales, los procedimientos de calificación de enfermedades profesionales, etc. Ciertamente, se trata de un contenido imposible de abordar monográficamente en la ley, Ello se debe a la naturaleza jurídica contingente de la prevención de riesgos laborales, al tratarse de aspectos que deben ser revisados periódicamente conforme a los criterios actualizados de la experiencia y la técnica preventiva.

En este sentido, debemos destacar que cuando nos referimos a dichas cuestiones técnicas no estamos hablando de una cuestión menor. Al contrario, se trata de temas esenciales, que no pueden contemplarse como un mero supuesto de legislación ejecutiva, sino que estamos ante una auténtica labor de ordenación y de regulación en el sentido estricto de la palabra. Conviene precisar que estamos ante un supuesto de ordenación legal y, por tanto, se integra en el bloque de normatividad. Ello significa que estamos ante la competencia normativa del Estado, evitando contemplar dichas cuestiones como aspectos meramente ejecutivos que puedan ser regulados por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7 CE). En este sentido, la potestad reglamentaria corresponde al Estado, en ejecución de la LPRL, que como sabemos tiene el carácter de norma básica en su totalidad¹⁹. Y todo ello a pesar de que las competencias relativas a medio ambiente, sanidad e higiene se prevean constitucionalmente como materias objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas (art. 148 CE).

5.5. Reflexiones sobre intensidad protectora del tratamiento normativo de la prevención de riesgos laborales

De igual modo, es preciso destacar que estos objetivos tan ambiciosos en materia de prevención de riesgos laborales han tenido efectos directos en la percepción empresarial sobre las medidas legislativas. A ello se suman los elevados

¹⁹ Sobre la delegación reglamentaria en materia de prevención de riesgos laborales recomendamos la consulta de los siguientes trabajos de investigación (Sala Franco - Arnau Navarro, 1996: 47; López Terrada, 1996: 11; Blasco de Luna, 2019, 79).

costes empresariales, que han propiciado que las empresas consideren a dicha disposición legal como una norma que impide su correcto cumplimiento. Desde esta perspectiva, conviene señalar que para muchas empresas las ambiciosas obligaciones preventivas son prácticamente inasumibles. Es evidente que las obligaciones patronales de naturaleza preventiva han impuesto costosas medidas en la gestión ordinaria de las empresas.

Dicha regulación ha derivado en una corriente crítica empresarial. Sin embargo, estas reticencias empresariales no han trascendido masivamente desde el punto de vista institucional. Ello se debe a que gravita en esencial el reto de avanzar en la protección y la garantía de la vida y la integridad física de los trabajadores. A diferencia de lo que sucede con otras materias, como son el coste del despido o de los tipos contractuales, las organizaciones empresariales no cuestionan la intensidad protectora del bloque normativo de prevención de riesgos laborales. Ello se debe a la propia razón de su necesidad, que, por otro lado, tiene como fin evitar la activación del régimen de responsabilidad jurídica empresarial. Evidentemente, las consecuencias económicas de la responsabilidad jurídica empresarial son más intensas desde el punto de vista de la reparación económica del daño laboral producido. Con todo, conviene destacar que esta situación debe contrastarse constantemente con los datos de siniestralidad laboral. En nuestro país siguen aumentando en los últimos años los datos de siniestralidad laboral, aunque, en líneas generales, España tiene un buen nivel de seguridad y salud en el trabajo. España es uno de los países con mejores índices de salud laboral de la Unión Europea, todo ello a pesar de sus datos de siniestralidad²⁰.

Con todo, debemos destacar los resultados negativos relativos a los accidentes de trabajo en España²¹. La siniestralidad sigue experimentando una tendencia progresiva al alza, que ciertamente es preocupante. En este sentido, conviene tener en cuenta que la propia eficacia de la ley debe contrastarse con los índices de siniestralidad laboral. La ausencia de una aplicación adecuada de la pre-

²⁰ A pesar del número de accidentes de trabajo registrados en los últimos años, se valora muy positivamente los índices de salud laboral, con un descenso de la siniestralidad. Concretamente, se reconoce el efecto positivo de las campañas de difusión de la dimensión preventiva, que «han demostrado su eficacia en el aumento de la sensibilización de la población respecto a los riesgos existentes y en el fomento de la acción preventiva». Vid. Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, Prioridades y estrategias de la política en materia de seguridad y salud en el trabajo en los Estados Miembros de la Unión Europea, 2019.

²¹ En virtud de los datos del Informe de Estadística de accidentes de trabajo, correspondiente a 2019, publicado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en España se declararon 600.622 accidentes de trabajo en 2019 correspondientes al colectivo de personas trabajadoras asalariadas. De los accidentes durante la jornada, 3.449 fueron graves y 475 mortales. Todo ello supone un descenso respecto del año anterior, un 12 por 100 menos, en el que se dieron 540 mortales. Con carácter general, la cifra global de fallecidos por accidentes de trabajo, incluidos asalariados y trabajadores por cuenta propia, tanto en jornada de trabajo como 'in itinere', se sitúa, durante 2019, en 695 personas, frente a las 717 personas que fallecieron en 2018.

vención de riesgos laborales en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, unido a otros factores propios de nuestro mercado de trabajo como son la precariedad laboral y el desempleo, repercuten negativamente en la siniestralidad. Los índices de muerte por accidente de trabajo siguen siendo elevados y aún está lejano el objetivo de su erradicación.

Como hemos indicamos, el contexto de crisis económica endémica, agravada por el Covid-19, ha supuesto, con carácter general, un cierto abandono del bloque normativo de la prevención de riesgos laborales. Se ha optado por prestar atención a los contenidos de la legislación laboral relativos a la rebaja directa de los costos laborales y a las medidas de flexibilidad interna y externa en el trabajo. Este nuevo ciclo ha dado lugar a un aumento evidente de la precariedad laboral y no cabe duda de la conexión existente entre precariedad en el empleo y siniestralidad laboral²². Efectivamente, la rotación en el trabajo y la falta de formación y experiencia laboral aumentan considerablemente el riesgo en el trabajo. Esta circunstancia se aprecia con mayor claridad en aquellas personas que no llevan un tiempo suficientemente prolongado de permanencia en el trabajo para poder asumir los requerimientos de una prestación laboral segura. La lucha contra la siniestralidad laboral requiere, pues, de cambios estructurales, que incluso trascienden del propio ámbito preventivo y afectan transversalmente al conjunto de la legislación laboral. De igual modo, también es preciso plantearse un programa de reforma, con importantes ajustes que actualicen la ley. Concretamente, conviene prestar especial atención a los nuevos riesgos profesionales, en especial, a los relativos a la ciberseguridad y a la mayor interconexión digital en el ámbito laboral²³.

6. El papel de la negociación colectiva en su labor de defensa del derecho a la salud en el trabajo

La negociación colectiva debería desempeñar una labor efectiva de protección reforzada de los derechos fundamentales relativos a la vida, la salud y la dignidad de los trabajadores. La presencia de aspectos de orden público absoluto en nada impide el amplio margen de acción de la negociación colectiva. Sin duda, dicho rol está incluso presente en su propia configuración como fuente

²² Esta relación entre siniestralidad y precariedad laboral ha sido destacada recientemente por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, a propósito del Día Mundial de la seguridad y salud en el trabajo, de 28 de abril de 2020. En este sentido, se viene a reafirmar institucionalmente el compromiso de lucha contra la siniestralidad laboral.

²³ Actualmente, uno de los principales ámbitos de acción de la política preventiva en las empresas se manifiesta respecto de la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. En concreto, destacamos la proyección en la materia de la protección de datos y la prevención de riesgos (Mella Méndez, 2020: 70-71; Miñarro Yanini, 2020: 17-19).

profesional prevista constitucionalmente (art. 37 CE). De hecho, conviene destacar que la labor reglamentaria, muchas veces especialmente intervencionista, podría suponer restar ámbito de acción a la negociación colectiva. Sin embargo, la labor de los convenios colectivos es esencial para proyectar la aplicación de las reglas generales a los ámbitos sectoriales y empresariales. En este sentido, deberíamos abogar por la relevancia de la negociación colectiva sectorial, que aseguraría la homogenización de condiciones de trabajo y de las medidas preventivas, evitando las fórmulas de dumping empresarial por conseguir espacios con menor coste económico empresarial.

Con carácter general, se puede decir que caben múltiples fórmulas de coordinación entre la legislación y la negociación colectiva. En este sentido, la negociación colectiva es un ámbito de ordenación especialmente importante, que debe ser promocionado por el propio legislador, respetando su función en esta materia, máxime cuando su papel basado en la libertad sindical y en la autonomía colectiva permite orientar los mecanismos de protección en los contextos específicos de aplicación, descendiendo a la arena de las relaciones laborales²⁴. A pesar de que la negociación colectiva no se contemple expresamente en la LPRL, en su art. 6, como medio de desarrollo de la ley, evidente su papel es esencial desde una perspectiva omnicompreensiva de la protección del derecho a la salud en el trabajo. Ciertamente, la función de la negociación colectiva tendría un evidente papel normativo desde la perspectiva de la garantía y protección de la seguridad y salud en el trabajo²⁵. Por ello, deberíamos entender que su contenido normativo puede perfectamente ser objeto de la negociación colectiva. Ciertamente, la legislación está en clara sintonía con la función complementaria de la negociación colectiva y, por tanto, se trata de ámbitos normativos compatibles²⁶.

²⁴ Esta afirmación contrasta con las previsiones de la Directiva Marco europea, relativa a la seguridad y salud en el trabajo, que alude a la acción normativa de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas para la adaptación nacional de su contenido. Se evita la referencia expresa a la negociación colectiva. Ciertamente, la Directiva no contempla a la negociación colectiva como un cauce ordinario de transposición normativa del Derecho Social Europeo, debido esencialmente a su orientación sectorial y empresarial y por su contenido normativo contingente. Sin embargo, dicha afirmación no puede suponer la anulación de dicha fuente de ordenación laboral, puesto que la Directiva únicamente se centra en el canal de transposición efectiva de los principios protectores europeos, respetando posteriormente los sistemas de fuentes profesionales de los distintos sistemas normativos nacionales.

²⁵ Sobre la función de la negociación colectiva en el ámbito normativo de la prevención de riesgos laborales, conviene tener presente los siguientes estudios de referencia (Quesada Segura, 1997: 19-ss; López Gandía, 1988: 24-26; Palomeque López, 1996: 203-ss; Alemán Páez, 1997: 8-ss).

²⁶ Esta posibilidad de la autonomía colectiva de asumir la ordenación de la prevención de riesgos laborales está justificada en la evidente relación existente entre la legislación y la función complementaria de la negociación colectiva. Por tanto, la prevención de riesgos laborales se manifiesta como un contenido objetivo que permite su regulación autónoma en base al sistema de fuentes de la relación laboral (Valdés Dal-Ré, 1994: 13).

De igual modo, conviene señalar que la propia LPRL no muestra una especial preocupación por el rol de la negociación colectiva, sino que le atribuye una función residual. Este papel de la negociación colectiva contrasta ciertamente con su potencial margen de acción normativa. Sin duda, la LRPL podría ser desarrollada en virtud de los convenios colectivos. En este sentido, podríamos decir que estamos ante una función de complementariedad, que no puede olvidar la posibilidad de regulación compartida entre las fuentes legales y convencionales. En este punto, la ley parte de su función reguladora como mínimo indispensable, siendo su vocación claramente intervencionista, al conferir un papel residual a la negociación colectiva. En este sentido, la negociación colectiva estaría orientada a mejorar los mínimos legales de referencia, así como a desarrollar una acción orientada a formular aspectos alternativos a las reglas previstas legalmente. Este aspecto se observa claramente en materia del sistema de representación laboral especializada en prevención de riesgos laborales (art. 34 y 35 LPRL). Efectivamente, existe en la actualidad una cierta inercia normativa a contemplar que la regulación de los derechos fundamentales en el trabajo se presenta como un mínimo legal y que esta materia se configura como un hándicap normativo, que sobrepasaría las competencias ordinarias de la negociación colectiva. Sin duda, se trata de un planteamiento claramente reduccionista de la posible acción de la negociación colectiva y que priva en la práctica de un ámbito de regulación adicional sumamente importante para la defensa del derecho a la salud en el trabajo.

Con todo, conviene destacar que la defensa del ámbito de acción de la negociación colectiva no tiene actualmente un contexto idóneo de promoción, especialmente en el ámbito normativo de la prevención de riesgos laborales. Actualmente, estamos asistiendo a un auténtico debilitamiento de la negociación colectiva. Se trata de un proceso acuciado por las últimas reformas laborales, así como por el proceso de crisis económica estructural, que ha derivado en un contexto de incertidumbre. Todo ello ha potenciado la precariedad laboral. Se ha producido un debilitamiento de las políticas empresariales de prevención de riesgos laborales, devaluándose la protección frente a la siniestralidad laboral (Domingo Monforte - Salvador Álvarez, 2019: 7-8). Estamos asistiendo a un proceso que está cegando la cultura preventiva por parte de las empresas, produciéndose incluso un repliegue de las propias instituciones públicas especializadas en la materia. Sin duda, en este contexto atípico la negociación colectiva está llamada a asumir un papel protagonista en la defensa del derecho a la salud en el trabajo, así como remover las nuevas tendencias e impulsar a las empresas a asumir nuevas medias de protección de la salud laboral. La negociación colectiva debe acoger una protección alejada de las fórmulas de responsabilidad social corporativa. La negociación colectiva debe brindar nuevas cotas de protección, canalizando medidas tuitivas que descarten en el futuro los márgenes de responsabilidad jurídica empresarial.

7. La proyección de los deberes empresariales en materia preventiva como presupuesto de la garantía del derecho a la salud en el trabajo: la relevancia tuitiva del deber general de protección del empresario

La LPRL desarrolla esta carga empresarial de salud laboral, basada en la propia organización empresarial y en los riesgos que ella misma genera, y se configura sobre la base de un deber general de prevención, que se detalla posteriormente en otros deberes legales específicos de protección efectiva. Ciertamente, estamos en presencia de una opción de la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, a la hora de configurar la carga empresarial y su correspondiente coste, que se integra en una gestión integral de la salud en el trabajo. Desde esta perspectiva, es preciso que la empresa tenga conocimiento y sea consciente de la transcendencia que dichos deberes suponen²⁷. Se trata de una carga asentada en el deber general de protección, que se integra correlativamente en una serie de obligaciones que la LPRL detalla y que vienen a llenar de contenido la deuda empresarial de salud en el trabajo. Ello es importante debido a que sobre la base del incumplimiento de dichos deberes se activará, en su caso, el régimen de responsabilidad empresarial, articulando el sistema de protección transversal de los daños producidos en el trabajo.

La LPRL delimita un conjunto de deberes preventivos a cargo de las empresas, vinculados al deber general de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esta opción legal de protección supone en la práctica una vigilancia constante preventiva, así como la implantación de una atención preventiva ordinaria, que llena de contenido la política de prevención en la empresa. Dicha actuación preventiva se asienta sobre la base de los servicios preventivos, a los que posteriormente nos referiremos. Ello implica que el conjunto esencial de la protección y la propia efectividad de las normas legales recaen directamente sobre las empresas, que están obligadas a la implantación de medidas preventivas adecuadas en atención a los riesgos presentes en la actividad productiva.

El art. 14.2 LPRL enuncia el deber general de protección en materia preventiva, al establecer que «el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores». Esta declaración viene, pues, a configurar la posición del empresario de garante y protector de la seguridad y salud en el trabajo, con un ámbito de protección ciertamente extensivo. El deber general de protección del art. 14 LPRL se presenta como un deber marco, que sirve de base y fundamento para las demás obligaciones preventivas que se contemplan de

²⁷ En los casos de incumplimientos empresariales, que conllevan la sanción de falta grave en materia de prevención laborales, junto a la propia vulneración del deber preventivo, tiene especial importancia la vulneración de los derechos fundamentales. Vid. STS (Social) de 18 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2764). STS (Social) de 3 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5779).

forma complementaria y sucesiva según su grado de especialidad y en virtud de su carácter específico²⁸. Esta previsión normativa implica igualmente la obligación empresarial de desarrollar una actividad preventiva. En concreto, el empresario «desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes». De igual modo, la empresa «dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención», teniendo en cuenta la evolución de los riesgos y las modificaciones del trabajo (art. 14.2 LPRL).

Efectivamente, se trata de una delimitación legal genérica del deber empresarial de garante de seguridad y salud en el trabajo. El empresario está obligado a elegir constantemente los medios de prevención adecuados para asegurar un comportamiento diligente y así evitar una cuota de responsabilidad jurídica²⁹. Es decir, las empresas están obligadas a aplicar las medidas necesarias, teniendo en cuenta en su actuación la mejor protección posible, recurriendo a los medios necesarios para adaptar la prevención a los cambios producidos en el trabajo. Con todo, no podemos entender que estamos ante un deber que se cumple con una mera actuación discrecional de las empresas, sino que el cumplimiento del deber estará en conexión de la observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales y, en concreto, en relación con la aplicación del catálogo de deberes específicos previstos legalmente. Muchos de estos deberes están configurados difusamente y se aplicarán en atención a la dimensión y a las posibilidades económicas de las empresas. De igual modo, todo ello tiene un carácter evolutivo y dinámico en el tiempo, de suerte que la política preventiva de la empresa deberá observar las prácticas más actuales y dominantes, relativas a la protección adecuada de la seguridad y salud en el trabajo.

Precisamente, una de las observaciones críticas realizadas a este sistema prolijo e intenso de obligación patronal ha sido su enunciación amplia y a veces indeterminada. Ello deja un gran margen de interpretación. Se trata de una formulación que plantea importantes problemas aplicativos, que en muchas situaciones da lugar a supuestos de inseguridad jurídica para las empresas, que a la postre son las potenciales responsables a efectos jurídicos. Sin duda, esta observación se produce básicamente en el ámbito de las obligaciones generales, puesto que en el caso de

²⁸ En efecto, el fundamento jurídico de las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales se haya en la relación de subordinación derivada del contrato de trabajo. Es decir, tiene su origen y razón de ser en la situación de poder del empresario, que le faculta para controlar y supervisar las condiciones de trabajo y que los trabajadores deben observar debido a la posición general de subordinación respecto del poder de dirección de las empresas (Gutiérrez-Solar Calvo, 1999: 255-257).

²⁹ En este sentido, podemos destacar que a efectos de responsabilidad resulta especialmente importante la necesidad de evaluar convenientemente la actividad laboral por parte de la empresa principal. Ello es especialmente importante cuando se causan daños graves en la salud de los trabajadores de la empresa contratista, cuando resulta evidente una falta de coordinación entre las empresas concurrentes. Vid. STS (Social) de 22 de julio de 2020 (RJ 2020, 3882).

los deberes específicos claramente las posibilidades de interpretación son mucho más reducidas y el margen de acción en su aplicación es inferior³⁰. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de la vigilancia de la salud laboral, la formación preventiva o la implementación de los servicios de prevención. En estos casos, el margen de apreciación empresarial es casi nulo y la activación de la responsabilidad jurídica en estos supuestos no plantea dudas desde el punto de vista de su incumplimiento. En cambio, el gran escollo interpretativo reside en la proyección práctica del art. 14 LPRL y, en concreto, el margen de acción de su carácter extensivo. Esta formulación legal ciertamente supone una garantía tuitiva para los trabajadores, pero genera grandes dosis de inseguridad empresarial respecto a la activación del régimen jurídico de responsabilidad empresarial. En la práctica se deberá tener en cuenta la interpretación de la norma según el canon de la jurisprudencia, sin que éste sea un criterio seguro, que esté siempre presente y que de soluciones precisas ante cualquier supuesto de hecho. Ciertamente, la casuística supera con creces a la respuesta legal y jurisdiccional. Sin duda, despejar esta incógnita obliga a tener en cuenta el conjunto de normas que se proyectan sobre la materia, así como la jurisprudencia consolidada sobre la compensación del daño laboral.

8. Deuda de salud laboral y deberes específicos de protección efectiva

8.1. La relevancia de la obligación general de protección frente a los riesgos laborales

Con carácter general, debemos destacar que el deber general de protección, que incumbe al empresario (art. 14.2 LPRL), se delimita necesariamente sobre la base los deberes específicos en materia preventiva. Dichas obligaciones vienen a llenar de contenido la posición del empresario de garante de seguridad y salud en el trabajo. Dicho catálogo obligacional se refieren a la evaluación de los riesgos, la información, consulta y participación de los trabajadores, la vigilancia de la salud en el trabajo, la implantación de una organización preventiva en la empresa, la labor de perfeccionar permanente la protección existente en la empresa, las actuaciones empresariales para adaptar las medidas de prevención a las modificaciones del trabajo y, entre otras, las medidas empresariales en caso de emergencia y riesgo grave e inminente³¹.

³⁰ En algunos casos, la delimitación de los deberes específicos es sumamente rigurosa y detallada. Ello sucede, por ejemplo, en relación con las obligaciones de las empresas sobre los niveles de presión acústica. Dichos niveles de ruido se encuentran delimitados precisamente en el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido, y que las empresas deben observar rigurosamente en relación a la protección contra el ruido.

³¹ Dichas obligaciones materiales se complementan necesariamente con las obligaciones organizativas, que se refiere al necesario desarrollo de los órganos de gestión de la prevención en la empresa. Son los órganos especializados en materia preventiva que asisten a la empresa y vienen a controlar el

De este modo, la obligación de protección del empresario adquiere una especial relevancia con la delimitación de las obligaciones de contenido material. Estos deberes aluden a las obligaciones directamente relacionadas con la protección de la seguridad y la prevención de los riesgos en el trabajo. Sin duda, se trata de un conjunto de obligaciones que han experimentado un importante aumento, sin duda, influidas por la corriente protectora del Derecho Social Europeo³². Todo ello abarca a un conjunto de deberes ciertamente instrumentales y que representan para las empresas un evidente coste económico. Estas obligaciones implican la adopción de medidas concretas, respecto de las cuales se ha mostrado una cierta resistencia empresarial, sobre todo, en aquellas empresas que tienen menor capacidad de asumir dichas obligaciones de gestión preventiva.

8.2. La conformación de un catálogo amplio de obligaciones preventivas basado en los principios inspiradores de la acción preventiva

Como decimos, la extensión de dichos deberes se refiere a cuestiones de distinta índole, que llenan de contenido el deber de prevención y protección frente a los riesgos laborales. Nos estamos refiriendo a un conjunto de obligaciones preventivas³³, que se basan, con carácter general, en los principios inspiradores de la acción preventiva (art. 15 LPRL)³⁴. Con esta labor de determinación

cumplimiento de la normativa. Dichos órganos de prevención tienen una finalidad evidentemente preventiva, buscando la especialización en la materia para una adecuada protección. Ello igualmente afecta al control de los propios representantes de los trabajadores, igualmente especializados en materia preventiva, aunque en su facultad más intensa la ley opta por conferir a los representantes generales de los trabajadores el poder de paralización del trabajo en caso de riesgo grave e inminente.

³² En este sentido, podemos destacar su naturaleza de deberes complementarios al deber general de protección. La propia LPRL contempla una serie de deberes empresariales en materia preventiva, con una especial raíz en la Directiva Marco europea. Por ejemplo, podemos resaltar la proyección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, que se presenta como una categoría general, que, a su vez, se especifica en una serie de obligaciones subsiguientes relativas a la capacidad de procreación, la maternidad, la protección de los menores o las relaciones de trabajo temporales.

³³ Dichos criterios de actuación empresarial se resumen básicamente en la obligación de evitar, evaluar, combatir y planificar los riesgos laborales y su prevención. Una previsión que se proyecta subsiguientemente en las obligaciones de evaluación de riesgos inicial y periódica, la protección individual y colectiva en los equipos de trabajo, la información individual y colectiva sobre los riesgos laborales, la protección y sus medidas, la formación de trabajadores, inicial y tras posibles modificaciones habidas en la empresa, el análisis de situaciones de emergencia, los primeros auxilios y personal de prevención, el informar de los riesgos graves e inminentes que se produzcan, e interrumpir la actividad si fuera necesario para evitarlos, la vigilancia periódica de la salud, bajo los principios de consentimiento y confidencialidad, la elaboración y disponibilidad de datos sobre posibles riesgos empresariales y siniestralidad existente, la coordinación de las medidas preventivas aplicables a las contratadas y a trabajadores autónomos que trabajaran en sus instalaciones y la protección especial de grupos de trabajadores con características de mayor riesgo.

³⁴ En este sentido, el art. 15 de la LPRL contempla los principios generales de aplicación por parte de las empresas de las medidas que conforman el deber general de protección del art. 14 de la LPRL (Sánchez Urán-Azaña – Gil Plana, 2009: 29-31).

se aprecia, pues, un importante cambio de significado del deber de prevención y protección, que deja de ser un deber ambiguo para desarrollarse normativamente con rigor y precisión en la propia LPRL. De igual modo, dichos deberes se desarrollarán posteriormente con mayor precisión desde el punto de vista técnico en las disposiciones reglamentarias. Ciertamente, el desarrollo de dichas obligaciones materiales sobrepasaría con creces el objetivo del presente estudio. No es, pues, el objetivo de este trabajo el delimitar jurídicamente cada una de las obligaciones específicas contempladas por el legislador a efectos de responsabilidad empresarial. Sin embargo, vamos a pronunciarnos especialmente sobre tres deberes que debemos entender cardinales desde el punto de vista de la protección adecuada del derecho a la salud en el trabajo. Nos estamos refiriendo al deber de organización de los servicios de gestión de la prevención, al deber de vigilancia de la salud y al deber de información y consulta del empresario a sus trabajadores en materia preventiva.

Con carácter general, entendemos que la primera obligación del empresario es introducir en su gestión empresarial la propia atención de los riesgos profesionales y anticiparse así a las situaciones concretas que puedan generar siniestralidad laboral. Por ello, el empresario está obligado a organizar adecuadamente los servicios de prevención en la empresa. En este sentido, conviene señalar que se trata de un deber técnico y cualificado del deber general de prevención del empresario. Dicha obligación de organización de los servicios de prevención se configura como una medida imperativa relativa a la constitución o, en su caso, el recurso a un concierto de servicios de prevención. De igual modo, y en las empresas con menores posibilidades, dicha obligación se puede concretar en virtud de la designación de trabajadores que se encarguen de tal función, a los que podríamos denominarles, ante la ambigüedad de la ley, como vigilantes de seguridad y salud en el trabajo.

Ciertamente, se trata de una concepción amplia de la noción de servicios de prevención, que incluye tanto a servicios en sentido estricto, como a personas formadas y especializadas en la materia. En realidad, la fórmula concreta de aplicación dependerá, en gran medida, de la dimensión y de las posibilidades preventivas de las empresas. Estamos ante una concepción amplia de la noción de servicios de prevención, que proviene de la Directiva Marco europea (Directiva 89/391/CEE). La obligación de constitución de servicios de prevención decae y, por tanto, el empresario no estaría obligado a crear o concertar dichos servicios, en aquellos casos en los que las empresas tengan menos de diez trabajadores y el empresario desarrolle su actividad de forma habitual en el centro de trabajo en cuestión (art. 30.5 LPRL). Esta exención está prevista para esta situación concreta y siempre que el propio empresario esté capacitado para asumir por sí mismo las correspondientes funciones de gestión de los riesgos laborales.

En segundo lugar, una vez asumida la gestión de la prevención de riesgos por las empresas, el siguiente deber a tener en cuenta es la evaluación periódica

del estado de salud de los trabajadores. Sin duda, este es un elemento de información esencial, que permitirá a la empresa posteriormente poder cumplir con otros deberes de prevención y, en general, asegurar su deuda de seguridad y salud en el trabajo³⁵. Con carácter general, debemos indicar que el deber de vigilancia de la salud se configura legalmente como una obligación específica. Sin embargo, dicho deber patronal se delimita normativamente con un contenido genérico en relación a su función protectora de la salud laboral. Y ello a pesar de la gravedad que supone el posible incumplimiento de dicha obligación, puesto que la infracción de dicho deber empresarial puede generar la activación de las responsabilidades administrativas, civiles e, incluso, penales³⁶.

Generalmente, la obligación de vigilancia de la salud se satisface en virtud de la práctica de los conocidos reconocimientos médicos. De igual modo, se trata de una obligación que cuenta con una regulación dispersa, aunque básicamente su contenido normativo se centra en materia preventiva. Con todo, debemos apuntar que no estamos solamente a una regulación de naturaleza preventiva, sino que igualmente confluyen en la materia reglas de seguridad social. El deber general del empresario de garantizar una vigilancia periódica del estado de salud de sus empleados está orientado al análisis de la incidencia de los riesgos laborales. De este modo, la empresa podrá recabar la correspondiente información necesaria para adoptar las medidas preventivas idóneas (art. 22.1 LPRL). Se trata de una obligación condicionada, con carácter general, y salvo casos especiales, a la previa autorización por parte del propio trabajador afectado. Dicho deber empresarial se configura como dispositivo para el empleado, si su prestación de servicios no revierte especial peligrosidad, ni pone en peligro al propio trabajador, sus compañeros o los usuarios o consumidores.

La obligación empresarial de evaluación de la salud de los empleados se convierte en un deber imperativo para la empresa, sin que sea preciso el consentimiento del trabajador, cuando la naturaleza de la actividad laboral así lo aconseje. En estos casos, nos encontramos, pues, ante una obligación estricta, que implica la práctica de los reconocimientos médicos de manera inexcusable. Dicha práctica obligatoria se presenta en una serie de supuestos concretos, que se

³⁵ En algunas circunstancias, se ha manejado jurisprudencialmente la tesis de la desobediencia justa, que permite entender que la obligación de obediencia del trabajador puede encontrar excepciones. En concreto, se puede entender que «el deber de obediencia no puede ser entendido en forma tan absoluta que imponga el cumplimiento de cuántas órdenes o instrucciones». Vid. STS (Social) de 10 de diciembre de 1976 (RJ 1976, 5484). STS (Social) de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1842). Esta misma interpretación se mantiene en el ámbito los Tribunales Superiores de Justicia. Vid. STSJ de Andalucía (Social) de 5 de febrero de 2008 (RJ 2009, 1071). STSJ de Aragón (Social) de 20 de mayo de 2002 (AS 2002, 2077).

³⁶ Con carácter general, estamos ante un sistema de deuda empresarial, que insta, por su parte, a su cumplimiento efectivo por parte de los trabajadores, de suerte que su cumplimiento provoca beneficios en materia de salud laboral y, por el contrario, su incumplimiento desencadena perjuicios para los mismos (González Díaz, 2002: 99; Gorelli Hernández, 1996: 193).

producen cuando el análisis del estado de salud del trabajador sirva para valorar la incidencia del trabajo sobre la salud, o bien permita valorar si el estado de salud del trabajador es peligroso para él mismo, para los demás trabajadores o para terceros relacionados con la empresa. De igual modo, el reconocimiento médico será obligatorio en aquellos supuestos previstos legalmente, en cuyo caso, la práctica de los reconocimientos médicos será necesaria para proteger a los trabajadores frente a los riesgos específicos y en las actividades particularmente peligrosas.

Con carácter general, se ha indicado que la amplitud de dichos supuestos especiales es tal, que incluso se viene a transformar la propia proyección del principio general de voluntariedad de los reconocimientos médicos. De este modo, la evaluación de la salud de los trabajadores se convierte en una práctica preventiva imperativa, que se define legalmente de forma sumamente amplia. Ciertamente, la extensión de dichos supuestos permite reducir el principio de voluntariedad de la obligación de vigilancia de la salud, condicionando su configuración como un principio general de la actividad preventiva de las empresas. La LPRL parte de un principio general, que presupone el consentimiento del trabajador. No obstante, posteriormente se produce una alteración de dicha regla en función del caso concreto y en virtud de la naturaleza de la actividad laboral. En cierto modo, podríamos decir que dicha excepción a la regla general vendría a coincidir con la regulación de seguridad social, que prevé el carácter necesario de los reconocimientos médicos (arts. 243 y 244 LGSS).

Desde la perspectiva de la Seguridad Social, los reconocimientos médicos se contemplan como una medida que las empresas tienen que practicar cuando pretendan cubrir puestos de trabajo con especiales riesgos en el ámbito de las enfermedades profesionales. En estos casos, dichas empresas estarán obligadas a realizar dichos reconocimientos médicos previos, evaluando el estado de salud de los candidatos a los puestos de trabajo. Dicha práctica se extiende igualmente a los reconocimientos médicos periódicos previstos reglamentariamente. Estos reconocimientos médicos serán obligatorios para los trabajadores afectados, debiendo el empresario costear los gastos derivados de su realización, practicándose en la jornada de trabajo e incluyendo el coste salarial por el tiempo no prestado y por el importe del desplazamiento al lugar de su realización (art. 243.2 LGSS).

En este sentido, conviene tener en cuenta que el incumplimiento de la obligación de reconocimientos médicos derivado del art. 243 LGSS implica la posición del empresario incumplidor como responsable directo de la responsabilidad en orden a las prestaciones. Se trata de una responsabilidad que podría derivarse de las posibles enfermedades profesionales que se pudieran producir. Y dicha posición de responsable directo de las prestaciones se aplicará igualmente para las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, cuando el empresario estuviera asociado con dichas Mutuas y ésta no procediera a la práctica de dichos recono-

cimientos obligatorios. Si la mutua no cumple con su obligación de practicar los reconocimientos médicos responderá en los mismos términos que el empresario. Ello implicará la necesidad de abonar el importe correspondiente a los costes derivados de las prestaciones, así como la rehabilitación y, en su caso, el abono del recargo de prestaciones por falta de medidas de prevención (art. 244.3 LGSS).

Por último, es especialmente importante, a efectos de promover la prevención en la empresa, la apertura y el mantenimiento por parte del empresario de un canal constante de información y consulta con los trabajadores (art. 18 LPRL). Sin duda, la relevancia del deber empresarial de información y consulta a los trabajadores en materia preventiva es esencial y se configura como un instrumento ineludible desde el punto de vista de la efectividad de las medidas preventivas adoptadas por las empresas. De igual modo, dicho deber tiene una especial vinculación con los derechos de participación y representación de los trabajadores en relación a la seguridad y salud laboral. Concretamente, este cauce de participación en materia preventiva se manifiesta como una dimensión insustituible del sistema de participación general de los trabajadores en la empresa. En este sentido, conviene indicar que dicho cauce de participación colectiva de los trabajadores comprende las facultades de colaboración, consulta, información y negociación colectiva en materia preventiva.

Ciertamente, estos derechos deberán ser ejercitados por los representantes genéricos y específicos de los trabajadores. Con carácter general, los representantes legales, como representación general, ejercen su función que no está orientada específicamente a la materia preventiva, aunque ciertamente sus acuerdos pueden versar sobre estas cuestiones. Esta función se aprecia claramente en la actividad derivada de la acción de los comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales. Los representantes generales de los trabajadores no pueden ser excluidos de los derechos de información, consulta y negociación en materias de trascendencia preventiva.

Por su parte, la representación específica en materia preventiva ejerce las funciones especiales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. A los delegados de prevención les corresponde la misión de representación en cuestiones relativas a la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, a pesar de denominarse delegados de prevención, ellos no pierden su condición de representantes generales de los trabajadores. En concreto, a sus prerrogativas generales se les acumulan las facultades específicas en materia de prevención (art. 35 LPRL). Esta figura convive con las competencias del comité de seguridad y salud, que, en cambio, no se trata de un órgano de representación laboral en el sentido estricto de la palabra. En realidad, se trata de un órgano de composición paritaria, que, por ende, congrega a representantes de los trabajadores y de la empresa. Dicho órgano paritario se organiza y reúne a efectos de analizar, debatir y desarrollar labores de consulta en temas de trascendencia preventiva. De este modo, la

LPRL opta por un sistema de participación y representación preventiva dual, contemplando órganos puros de representación. Ello se asienta en la figura del delegado de prevención y se desarrolla juntamente con órganos mixtos de representación, a través de la figura del Comité de Seguridad y Salud. Sin duda, todo ello es una clara muestra de la configuración de la salud laboral como una labor compartida entre empresarios y trabajadores.

9. Conclusiones

La garantía del sistema de prevención de riesgos laborales en la empresa se presenta como un derecho extensivo, vinculado a una noción de interés público y social. Se trata, pues, de un interés de los trabajadores que se satisface en virtud de una serie de derechos subjetivos, que forman parte de la prevención de riesgos laborales en las empresas. Estos derechos se encuentran comprendidos en el derecho general a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Desde esta perspectiva, la prevención de riesgos laborales se configura como un derecho, ya que la gestión diligente de los riesgos laborales permite asegurar el fin tuitivo y, por tanto, satisface el derecho a la salud laboral.

El derecho a la salud en el trabajo se presenta como un presupuesto consustancial de la protección jurídica. El sistema de prevención de riesgos laborales se asienta en el derecho de los trabajadores a la salud en el trabajo. Estamos ante un presupuesto básico desde la perspectiva de la tutela jurídica. Se trata del fundamento mismo de las distintas figuras protectoras en materia de prevención de riesgos laborales. La propia protección constitucional tiene su fundamento en una concepción que acoge como referente la tutela de la salud laboral. La prevención de riesgos laborales se presenta como un problema social y, por tanto, de naturaleza colectiva. Dicho objetivo de la protección necesita la mayor protección jurídica, que presupone la necesidad de proveer al trabajador un medio ambiente de trabajo seguro y saludable. Ello supone la necesidad de establecer un ámbito adecuado de protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo. Esta protección está condicionada materialmente a la promoción empresarial de una gestión adecuada y eficaz de la prevención de riesgos laborales.

La legislación preventiva española ha acogido el canon garantista europeo en materia de protección del derecho a la salud en el trabajo. Desde esta perspectiva, debemos destacar que la defensa de la salud laboral se configura como una máxima inherente a la propia noción preventiva europea. En concreto, se ha venido a acoger una concepción de la política preventiva empresarial muy extendida en Alemania o en los países nórdicos de Europa. Ello ha supuesto el estímulo de la cultura preventiva en el trabajo, que se presenta como un objetivo

crucial para intentar fomentar los fines tuitivos ligados a la prevención de los riesgos en el trabajo. Esta opción legislativa ha atribuido a las empresas la gestión de la prevención de riesgos laborales, canalizando una cuota de participación en la tutela de la salud extramuros de los servicios públicos.

La regulación de la prevención de riesgos laborales supone la asunción de importantes costes económicos por parte de las empresas en virtud de su labor de gestión preventiva. Sin duda, el gran debate actual es el propio sostenimiento del sistema ante el contexto actual de incertidumbre económica, siendo necesario implementar medidas de reafirmación de un canon de protección ya consolidado en el tiempo. Actualmente, este sistema de protección se encuentra en entredicho. Desde el último período de crisis económica, que ha desembocado finalmente en la pandemia del coronavirus, se ha producido un repliegue en la práctica de la prevención de riesgos laborales en las empresas. Esta situación se une a la parálisis del bloque normativo especializado en materia prevención de riesgos laborales, que demanda ajustes normativos en clave de posibilitar su adaptación al contexto actual.

La garantía del derecho a la salud en el trabajo es un instrumento esencial frente a la siniestralidad laboral. La siniestralidad sigue experimentando una tendencia progresiva al alza, que ciertamente es preocupante. En este sentido, conviene tener en cuenta que la propia eficacia de la ley debe contrastarse con los índices de siniestralidad laboral. La ausencia de un desarrollo adecuado de la prevención de riesgos laborales en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, unido a otros factores propios de nuestro mercado de trabajo como son la precariedad laboral y el desempleo, repercuten negativamente en la siniestralidad. Los índices de muerte por accidente de trabajo siguen siendo elevados y aún está lejano el objetivo de su erradicación.

La búsqueda de una protección eficaz en materia de salud laboral descansa en el fomento de la política preventiva en la empresa. El objetivo primero debe ser la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, aunque nuestro sistema jurídico ponga mayor énfasis en el aspecto preventivo. Estamos, pues, ante una previsión esencial que debe incorporarse en la gestión preventiva de las empresas de forma ordinaria. Desde esta perspectiva, debemos destacar que nuestra legislación pone especial atención en el medio por encima del resultado, aunque este está plenamente protegido por la proyección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ello, se ha criticado esta referencia a la prevención de riesgos laborales, como una opción que suponga asumir una posición defensiva respecto de la tutela jurídica de los riesgos profesionales.

Desde esta perspectiva, la asunción legal de la labor preventiva sobre la protección se entendería como un aspecto que podría jugar en contra de la propia tutela del bien jurídico. No obstante, dicha protección se encuentra legalmente asegurada. De este modo, la opción legal tiene como finalidad poner un mayor énfasis

en el aspecto preventivo, ante un contexto empresarial que no tenga incorporada aún la dimensión preventiva en su actividad empresarial. Asimismo, la ley presenta a la prevención de riesgos laborales como un instrumento básico para la lucha contra la siniestralidad, que actúa de forma previa y conjunta con el sistema de reparación de los daños sufridos como consecuencia del desarrollo del trabajo.

Finalmente, conviene subrayar la configuración legal de la deuda empresarial de seguridad y salud en el trabajo como un mecanismo eficaz de protección de los riesgos profesionales. La configuración jurídica de la posición del empresario de garante y protector de la seguridad y salud en el trabajo implica un ámbito de protección ciertamente amplio. El deber general de protección se presenta como un deber marco, que sirve de base y fundamento para las demás obligaciones preventivas que se contemplan de forma complementaria y sucesiva según su grado de especialidad y en virtud de su carácter específico. Esta previsión normativa implica igualmente la obligación empresarial de desarrollar una actividad preventiva. Por ello, las empresas están obligadas a desarrollar una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes. Una de las observaciones críticas realizadas a este sistema prolijo e intenso de obligación patronal ha sido su enunciación amplia y a veces indeterminada. Ello deja un gran margen de interpretación. Se trata de una formulación que plantea importantes problemas aplicativos, que en muchas situaciones da lugar a supuestos de inseguridad jurídica para las empresas, que a la postre son las potenciales responsables a efectos jurídicos.

10. Bibliografía

- AA.VV. (2008): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, (Dir. Pérez de los Cobos, F.), La Ley, Madrid.
- AA.VV. (2012): *Tratado de Salud Laboral*, Tomo I, *Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M.P.), Aranzadi – Thomson Reuters, Pamplona.
- AAVV. (2004): *Prevención de Riesgos Laborales 2004-2005. Memento Práctico*. VILLALOBOS CABRERA, F., (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid.
- ALEMÁN PÁEZ, F. (1997): «Principios y caracterización general de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Comunicación a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. y DÍAZ AZNARTE, M.^a T. (1997): «El delegado de prevención en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Comunicación a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- ÁLVAREZ MONTERO, A. (2001): *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico*, Comares, Granada.
- ARASTEY SAHÚN, M.L. (2011): «Accidentes de trabajo: últimos criterios de la jurisprudencia social sobre valoración del daño», en *Actum Social*, núm. 48, Editorial Francis Lefebvre (versión electrónica).

- BLASCO DE LUNA, F. (2019): «La importancia de la prevención de riesgos laborales en las empresas», en *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, núm. 144.
- BROOKS, A. (1994): *Judicial interpretations of general duties of care: some hidden problems in occupational health and safety legislation*, University of New South Wales Law Journal, 17/2.
- CARDENAL CARRO, M. (1998): «Criterio del Tribunal Supremo acerca de la elección de los delegados de prevención y el respeto a la proporcionalidad con la representación unitaria», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 1998-III, pp. 2571 y ss. (BIB 1998, 756).
- DESDENTADO BONETE, A. (2007): «La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo, Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación», en *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*, CGPJ, Madrid.
- DÍAZ MOLINER, R. (1998): *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*. Vol. I. Madrid: Dijusa.
- DOMINGO MONFORTE, J.D. - SALVADOR ÁLVAREZ, N. (2019): «Sinestralidad laboral. Prevención y gestión del riesgo», en *Diario La Ley*, núm. 9379.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (1995): «El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 48.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (2001): *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales y normativa reglamentaria*, Dykinson, 2.^a ed., Madrid.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (1975): *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y deber público*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid.
- GARCÍA ROSS, A. (1995): «Análisis presente y futuro del contenido obligatorio del derecho a la seguridad, higiene y salud en el trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 71.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. (2002): *La Obligación Empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid.
- GONZÁLEZ LABRADA, M. (1996): «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», en *Actualidad Laboral*, 7.
- GONZÁLEZ POSADA, E. (1996): «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos», ponencia al *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1996): «Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo», en *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. (1999): *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid.
- IGARTUA MIRÓ, M.^aT. (2020): *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid.
- JOHANSSON, G. (1996): «Occupational health: New approaches», *Nordic Labour Journal*, núm. 2.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (1988): «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Treball*, núm. 8, 1988.
- LÓPEZ TERRADA, E. (1996): «La delegación reglamentaria en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus consecuencias en el ámbito de la función pública», *Comunicación al VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Valladolid.
- LOZANO LARES, F. (1999): «Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario», en *Temas Laborales*, núm. 50.

- MARTÍN VALVERDE, A. - GARCÍA MURCIA, J. (2008): *Accidente de trabajo: delimitación legal*, Tomo I, Civitas, Madrid.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2020): «Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo: puntos críticos», en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 229.
- MIÑARRO YANINI, M. (2020): «La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo: protección de datos y prevención de riesgos; violencia tecnológica en el trabajo; medios de prevención», en *Documentación Laboral*, núm. 119.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2011): «El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace 'justicia disuasoria'», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 3, núm. 22.
- MONTOYA MELGAR, A. - PIZA GRANADOS, J. (2000): *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw Hill, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. (2001): «El accidente de trabajo y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-179, tomo 3, Editorial LA LEY (LA LEY 12208/2001).
- MORENO VIDA, M.N. (1996): «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/391/CEE», en *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, (Coord. MONEREO PÉREZ, J.L.), Universidad de Granada, Granada.
- OJEDA AVILÉS, A. (2001): «Claves interpretativas de la Ley 31/1995, sobre prevención de riesgos laborales», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-21, tomo 1, LA LEY 11999/2001.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1996): «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre», *Actualidad Laboral*, 8.
- POQUET CATALÁ, R. (2011): «Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales» BIB 2011\1730, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 8 (versión on-line).
- QUESADA SEGURA, R. (1997): *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAYÓN BALLESTEROS, M.C. (2020): «Responsabilidades por incumplimiento de la regulación sobre prevención de riesgos laborales», en *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 53.
- RÍOS SANTOS, F. (2018): «El concepto y la teoría general del riesgo laboral en la jurisprudencia y sus efectos», en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2018, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J. - PÉREZ BORREGO, G. (2002): *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Civitas, Navarra.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2008): «Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente», en *Relaciones Laborales*, núm. 1.
- SALA FRANCO, T. - ARNAU NAVARRO, F. (1996): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. - GARCÍA BLASCO, J. - GONZÁLEZ LABRADA, M.- CARDENAL CARRO, M. (2001): *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Civitas, Madrid.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (2008): «¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?», en *Aranzadi Social*, núm. 1.

- VALDÉS DAL-RE, F. (1997): «Los derechos de participación en la nueva Ley de prevención de riesgos laborales», en AA. VV., *Seguridad y salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid.
- VALDÉS DAL-RE, F. (1994): «La prevención de riesgos profesionales en la negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, Tomo I.
- VIDA SORIA, J (1970): «Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: estudio crítico», en *Revista de Trabajo*, núm. 31.

LOS TIEMPOS DE DISPONIBILIDAD, SU CÓMPUTO COMO DE TRABAJO EFECTIVO Y SU REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

*Availability time, its calculation as effective working time and its
regulation in collective bargaining*

JULEN LLORENS ESPADA*

Universidad Pública de Navarra-Nafarroako Unibertsitate Publikoa, España

RESUMEN

El objetivo de este estudio reside en analizar el concepto de tiempo de trabajo efectivo para lograr una delimitación del mismo que sea respetuosa con la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Para ello, se analiza la labor jurisprudencial europea y española respecto a qué espacios temporales deben verse incluidos en dicho concepto y, concretamente, los lapsos temporales dedicados a los desplazamientos y los tiempos de disponibilidad. Todo ello se realiza con un estudio del papel de la negociación colectiva como fuente reguladora de los tiempos de trabajo y las concretas cláusulas convencionales que a ello se dirigen. El estudio se ha focalizado en la negociación colectiva vigente, tanto de sector y como de empresa, con fecha de registro posterior al 1 de enero de 2018. Dada su regulación específica, se han dejado fuera del análisis los convenios colectivos específicos del sector de transporte por carretera.

Palabras clave: tiempos de trabajo, disponibilidad, presencia, negociación colectiva.

LABURPENA

Ikerlan honen helburua lan denbora kontzeptuaren analisia egitean datza langileen segurtasunaren eta osasunaren aldeko protekzio efektibo bat bermatzen duen zedarriztapen bat lortzeko. Honetarako, kontzeptu honetan zein denbora esparru sartu beharko liratekeen ezagutu dituen jurisprudentzia europarra eta espainiarra ikerituko da eta, zehazki, desplazamenduetara eta erabilgarritasun egoetara bideratutako denborak ikertuz. Guztiau, negoziazio kolektiboak lan denboren erregulazioaren iturri bezala erakusten duen esparrua aztertuz eta baita honetara zuzentzen diren xedapenak ere.

Gako-hitzak: lan denborak, erabilgarritasuna, presentzia, negoziazio kolektiboa.

* **Correspondencia a:** Julen Llorens Espada. Edificio de las Encinas, Campus de Arrosadía (Pamplona), España. – julen.llorens@unavarra.es – <https://orcid.org/0000-0003-4033-3611>

Cómo citar: Llorens Espada, Julen. (2020). «Los tiempos de disponibilidad, su cómputo como de trabajo efectivo y su regulación en la negociación colectiva»; *Lan Harremanak*, 44, 135-163. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22241>).

Recibido: 15 noviembre, 2020; aceptado: 02 diciembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Tiempo de trabajo, seguridad y salud y negociación colectiva

El factor temporal aparece como un elemento basilar del contrato de trabajo y, especialmente, de la prestación laboral, en tanto viene a determinar la duración del contrato. Con base a él se fijan las unidades de la prestación del trabajador y los consiguientes límites, demarcando los tiempos de trabajo y de no-trabajo; sobre ello se fija, normalmente, la retribución y resulta el elemento sobre el que se configuran diferentes aspectos del estatuto jurídico del trabajador como la antigüedad, los complementos, el sistema de promoción, las indemnizaciones etc. (Montoya Melgar, 2020).

Su regulación se remonta a las primeras intervenciones normativas de lo que posteriormente se transformaría en el actual Derecho del Trabajo y desde sus inicios, la limitación de la jornada de trabajo se ha concebido como una necesidad, una «exigencia esencial para la tutela de la persona del trabajador» (Goerlich Peset, 2008: 17). La jornada de trabajo delimita el tiempo durante el cual la persona trabajadora se encontrará a merced de la parte empresarial, sometida a su poder de dirección y, por lo tanto, dentro del marco en el que la empresa puede legítimamente exigirle el cumplimiento del contrato de trabajo, así como ejercer el resto de facultades inherentes a dicho poder.

En ese sentido, la jornada de trabajo se presenta como factor reflejo de la contraposición de intereses entre la parte trabajadora y la empresa, máxime, cuando el elemento temporal se erige como base sobre el que se calcula la cuantía salarial. En esa dialéctica, el interés de la parte empleada será la búsqueda de jornadas más reducidas pero con la menor reducción salarial posible y, por su parte, la empresa verá el beneficio en la mayor extensión de la jornada con el menor incremento de la retribución (Gomez Gordillo, Álvarez Del Cuvillo, Carrizosa Prieto & Cialti, 2020:16).

A la par, el establecimiento de límites a la jornada de trabajo genera una garantía de tiempos de no-trabajo, en los que la parte empleada dispone de espacios temporales de descanso que le permiten la recuperación psicofísica que el trabajo consume (Goerlich Peset, 2008: 17). En ese sentido, la delimitación del tiempo de trabajo y los tiempos de descanso aparece como una medida con directa correlación en la protección de la salud de la parte trabajadora. En esa función, la ley se ha dirigido históricamente a fijar unos límites máximos de jornada que viniesen a garantizar unos descansos mínimos obligatorios, generando un derecho necesario relativo en el que la autonomía colectiva ha estado llamada a mejorar dichos umbrales infranqueables.

De ello, el tiempo y los ritmos de trabajo son concebidos dentro de la prevención de riesgos laborales como un factor de riesgo y, por ende, como aspectos que deben confluír de modo armónico para lograr adecuados tiempos de descanso que eviten la generación de consecuencias dañinas sobre la persona tra-

bajadora (Nogareda Cuixart & Bestratén Belloví, 2011: 1). Jornadas muy extensas y prolongadas conllevan un efecto directo en el aumento de la siniestralidad laboral, a lo que se añadirán otros indirectos como la reducción de la calidad de vida o el incremento de comportamientos contraproducentes como el consumo de café, alcohol, tabaco o falta de ejercicio (Terradillos Ormaetxea, 2019: 52).

En esa línea, la OIT ha reconocido que «las horas de trabajo y la organización del trabajo pueden tener graves consecuencias para la salud física y mental y el bienestar de los trabajadores, así como para su seguridad en el trabajo y durante los trayectos de la casa al trabajo y viceversa, y para sus ingresos» (Organización Internacional del Trabajo, 2018: 2). Por ello, la delimitación de las horas de trabajo se asume como una cuestión económica relacionada con la producción, así como una cuestión social, «relacionada con la necesidad de proteger la salud y el bienestar de los trabajadores» (Organización Internacional del Trabajo, 2018: 6).

En esa labor, la regulación de los tiempos de trabajo requiere una constante adaptación del marco normativo en coherencia con los nuevos cambios que se están generando sobre los elementos locativos y los elementos temporales de la prestación de trabajo. Las TIC están propiciando cambios en la organización del trabajo que convierten en habituales modalidades de empleo como el teletrabajo, el trabajo móvil gestionado vía plataformas virtuales o «trabajadores digitales a distancia» (Arrieta Idiákez, 2016), el trabajo con horarios flexibles etc. en los que resulta cada vez más difícil diferenciar qué espacios temporales resultan afectos por el concepto de tiempo de trabajo y cuales deben enmarcarse dentro de los períodos de descanso (De La Casa Quesada, 2019: 119). Todo ello incrementa, igualmente, la posibilidad de que las personas trabajadoras se expongan a nuevos factores de riesgo psicosocial generados como consecuencias de un inadecuado diseño de determinadas condiciones de trabajo y, por consiguiente, se acaben produciendo daños sobre la salud de las personas trabajadoras (Manzano Santamaría, 2018: 1).

En estos escenarios, donde se busca una mayor flexibilidad en los tiempos de trabajo, a fin de lograr mayores eficiencias y capacidad de ajustar los tiempos de trabajo a los requerimientos productivos, los límites máximos de jornada y los preceptivos tiempos de descanso se instituyen en límites insoslayables y, junto a medidas específicas como la desconexión digital o el registro de jornada, vienen a garantizar una adecuada protección de la seguridad y salud en el trabajo (Igartua Miró, 2018: 22).

Dentro de los instrumentos específicamente erigidos para lograr la flexibilización en la ordenación del tiempo de trabajo, la disponibilidad representa una de las vías utilizadas para poder alterar la jornada o el horario de trabajo atendiendo a las necesidades cambiantes de la empresa (Martínez Yañez, 2011: 38). En este campo, la negociación colectiva juega un papel esencial, no sólo por ser

ahí donde se plasman los acuerdos de disponibilidad, sino por ser ésta la fuente encargada de construir el régimen jurídico del tiempo de trabajo (Martínez Yañez, 2011: 39).

Igualmente, la flexibilización de los tiempos de trabajo con la negociación colectiva como fuente reguladora, juega un papel fundamental a la hora de caminar hacia un equilibrio entre la vida profesional y la vida familiar y la igualdad de género. Los horarios de trabajo flexibles permiten que se pueda incentivar la corresponsabilidad para con las necesidades familiares.

En todo ello, apunta el Consejo Económico y Social Europeo, las empresas deben contar con la participación de los trabajadores a la hora de «gestionar la introducción de nuevas tecnologías y aprovechar el impacto en la organización del trabajo y en las capacidades de la mano de obra» (CESE, 2019: 7). En ese sentido, la negociación colectiva se presenta como instrumento óptimo para lograr una transición digital justa y permite encontrar respuestas a las necesidades específicas que presenta cada sector, actividad o empresa (Álvarez Cuesta, 2019: 31).

De este modo, el fruto del diálogo social puede servir para equilibrar, adaptar o aplicar las disposiciones sobre el tiempo de trabajo establecidas en la legislación nacional y en las normas internacionales, de modo que resulte ventajoso para todas las partes interactuantes. En ese sentido, puede ayudar a conciliar las necesidades de la parte empleadora y la parte trabajadora, y «servir de salvaguarda del equilibrio entre la vida laboral y la vida personal y de protección frente a los riesgos para la salud que comporta hacer horas de trabajo excesivas y frente a los efectos negativos de una flexibilidad no equilibrada del tiempo de trabajo» (Hadwiger & Schmidt, 2019).

La intervención de la negociación colectiva debe enfocarse a las funciones de desarrollo y mejora que lea tribuye la ley, y generar niveles de alta protección de la seguridad y salud de los trabajadores, mediante una adaptación al ámbito específico en el que se proyecta (Goñi Sein, 2013: 55).

De todo lo dicho, resulta necesario conocer el marco conceptual del «tiempo de trabajo» para conocer qué situaciones quedan insertas y, a la inversa, cuándo nos situamos fuera del mismo y comienzan a computarse los tiempos de no-trabajo o de descanso.

2. El concepto de tiempo de trabajo en el ordenamiento jurídico europeo y español y el campo de acción de la negociación colectiva

A nivel europeo, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, viene a suceder a la Directiva 93/104/CE del

Consejo, de 23 de noviembre de 1993, en lo referido a la regulación de las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, períodos de descanso diario, pausas, descanso semanal, duración máxima de trabajo semanal, vacaciones anuales y aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo. En este sentido, habrá de estarse al contenido dado al concepto de «tiempo de trabajo» por la propia Directiva 2003/88/CE, así como a la interpretación que del mismo se ha venido realizando desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), para entender qué entra y qué no dentro del tiempo de trabajo y, por consiguiente, debe computarse a efectos de no exceder de la duración máxima de la jornada de trabajo.

Considera la normativa europea incluido dentro del tiempo de trabajo «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales» (art. 2.1 Directiva 2003/88/CE). Y por tiempo de descanso, en sentido contrario, todo el tiempo que no sea considerado tiempo de trabajo.

Los arts. 3-7 de la Directiva 2003/88/CE se dirigen a regular los descansos mínimos que en cómputo diario, semanal y anual habrán de respetarse, si bien, recoge el posterior artículo 17 la posibilidad de que los Estados miembros prevean excepciones a dichos descansos cuando las «características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores». Para estos casos podrán los Estados miembros establecer excepciones sobre el régimen general de descanso diario y semanal, pausas, duración máxima del tiempo de trabajo semanal, así como la duración máxima del trabajo nocturno¹.

La autonomía colectiva, junto a la regulación legal y administrativa, recibe especial importancia aquí en tanto la Directiva contempla igualmente la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan establecer excepciones al régimen general de descansos diarios (art. 3), pausas (art. 4), descanso semanal y sus períodos de referencia (art. 16) de la Directiva «siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate» (art. 17.2 Di-

¹ Este trabajo deja fuera de su objeto de estudio los tiempos específicos de presencia de los trabajadores por carretera, en tanto son objeto de regulación específica dentro de las jornadas especiales reguladas por el legislador nacional y se prevé para ello tiempos y límites específicos que difieren del régimen general.

rectiva 2003/88/CE)². Las materias antedichas resultarán susceptibles de modificación por medio de convenios colectivos tanto de nivel nacional o regional, como de niveles inferiores³ (art. 18 Directiva 2003/88/CE).

No así, atendiendo a la propia Directiva, son materias excluidas de intervención vía convenios colectivos las referidas a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y, por supuesto, el binomio conceptual tiempo de trabajo y tiempo de descanso, sin que quepa la negociación de conceptos terceros no previstos expresamente por el texto europeo. Todo tiempo de prestación deberá incardinarse en alguna de estas dos figuras: tiempo de trabajo o tiempo de descanso. Como reconoce el Tribunal Supremo, «este sistema binario descarta

² Atendiendo al art. 17.3 de la Directiva, los sectores o actividades en las que se permite la regulación específica de tiempos de descansos diferentes, y en los que los convenios colectivos pueden disponer de esa excepcionalidad, son:

«a) para las actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como el trabajo off-shore, o que se desarrollen en distintos lugares de trabajo del trabajador distantes entre sí;

b) para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad;

c) para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, en particular cuando se trate de:

i) servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en períodos de formación), instituciones residenciales y prisiones,

ii) personal que trabaje en los puertos o aeropuertos,

iii) servicios de prensa, radio, televisión, producciones cinematográficas, correos o telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos o protección civil,

iv) servicios de producción, de transmisión y de distribución de gas, agua o electricidad; servicios de recogida de basuras o instalaciones de incineración,

v) industrias cuyo proceso de trabajo no pueda interrumpirse por motivos técnicos,

vi) actividades de investigación y desarrollo,

vii) agricultura,

viii) trabajadores del sector de transporte de pasajeros, en servicios de transporte urbano regular;

d) en caso de aumento previsible de la actividad y, en particular:

i) en la agricultura,

ii) en el turismo,

iii) en los servicios postales;

e) en el caso de las personas que trabajen en el transporte ferroviario:

i) cuyas actividades sean intermitentes,

ii) cuyo tiempo de trabajo se desarrolle a bordo de trenes, o

iii) cuyas actividades estén ligadas a horarios de transporte y que deban garantizar la continuidad y la regularidad del tráfico;»

³ Para un caso en el que el CC sectorial estatal regula los conceptos y límites de tiempos de trabajo, de presencia y guardias, pero reconoce la competencia de los Convenios sectoriales de ámbito territorial inferior para la determinación del número de horas de presencia y su forma de distribución, véase el Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, Código de convenio: 99000305011990 (BOE núm. 255, 25/09/2020).

las categorías intermedias (tiempo de espera, tareas preparatorias, funciones de apertura y cierre, etc.) y obliga a determinar si toda unidad cronológica pertenece a una u otra modalidad»⁴.

Respetando ello, la negociación colectiva está llamada a intervenir en la regulación del tiempo de trabajo para desarrollar cláusulas «que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores» (art. 15 Directiva 2003/88/CE).

Para finalizar con la regulación del texto comunitario, cabe advertir como el art. 20 de la Directiva establece que lo recogido en ella respecto al descanso diario, pausas, descanso semanal y trabajo nocturno, no será de aplicación a los trabajadores móviles ni a los trabajadores *off-shore*. Para ello, deberán los Estados miembro establecer un régimen que garantice descansos adecuados para estos trabajadores⁵.

A nivel interno, en el ordenamiento jurídico español se carece de una definición legal sobre qué debe entenderse por tiempo de trabajo. La trasposición de la Directiva se realizó, y así se ha mantenido, en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y no en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, a pesar de ser una materia en gran parte relacionada con la seguridad y salud en el trabajo. La regulación común del tiempo de trabajo viene regulada en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, donde se prevé que las jornadas de trabajo serán las pactadas en los convenios colectivos o contratos de trabajo, si bien, respetando en todo caso la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo de «cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual» (art. 34.2 ET).

La jornada diaria no podrá exceder de nueve horas, salvo que por vía de negociación colectiva «se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas» (art. 34.3 ET), siendo por lo tanto la vía convencional la fuente sobre la que nuestro sistema ha querido otorgar una prevalencia en esta materia, respetando en todo caso el derecho necesario relativo del Estatuto de los Trabajadores (De Santos Sanchez, 2017).

El tiempo de trabajo se computará desde que el trabajador da comienzo a la jornada en su puesto de trabajo y hasta que lo abandona (art. 34.5 ET), debiendo quedar ello recogido en el registro diario de jornada (art. 34.9 ET). Este límite de aspecto cuantitativo viene complementado por un límite de aspecto cualitativo, cual es que sólo el «trabajo efectivo» computará a efectos de jornada ordinaria (art. 34. 1 ET) (Aragón Gómez, 2018: 114).

⁴ STS de 19 de noviembre de 2019 (rec. 1249/2017).

⁵ A nivel nacional, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo a previsto un sistema específico para estos trabajadores prevé un sistema específico para los trabajadores móviles en sus arts. 8 y ss.

En ese sentido, la jornada de trabajo equivale al tiempo de trabajo efectivamente prestado por la parte trabajadora en cumplimiento de la contraprestación debida, otorgado como pago de la deuda de actividad generada con su relación contractual (González González, 2020: 214).

El registro de jornada, junto al inicio y final de la jornada de trabajo, podrá contemplar todas las pausas, interrupciones o flexibilizaciones de tiempo de trabajo que se produzcan. Para ello, la negociación colectiva se presenta como instrumento idóneo para recoger todos estos aspectos (González González, 2020: 244).

Empero, la delimitación del tiempo de trabajo no es una cuestión baladí. La contabilización del tiempo trabajo transcurrido desde que se accede *de facto* al puesto de trabajo y hasta al momento en el que se abandona, genera una serie de interrogantes relacionados con las posibles inclusiones o exclusiones de determinados espacios temporales. Estos espacios de difícil delimitación podemos encontrárnoslos, por un lado, en los lapsos previos a la incorporación al puesto de trabajo o posterior a la salida del mismo, cuando el puesto de trabajo no responde a un punto locativo fijo y constante; y por otra, en los lapsos situados dentro de la propia jornada, en atención a los intervalos en los que la prestación de la actividad deja de reunir alguno de sus elementos constitutivos.

De lo anterior, quedan fuera de la jornada de trabajo los tiempos de desplazamiento al puesto de trabajo y retorno del mismo, pero sí entran dentro del concepto los espacios de trabajo no efectivo como el relativo a los permisos, los períodos vacacionales o aquellos en los que la no prestación efectiva de trabajo resulta imputable a la parte empresarial, *ex art. 30 ET* (Aragón Gómez, 2018: 115).

Desde una mirada a la negociación colectiva, pueden quedar fuera del cómputo como tiempo efectivo de trabajo actividades como el ejercicio de labores de vigilancia durante los tiempos de comida y descansos en la empresa, cuando ello no forme parte de las funciones propias del contrato de trabajo⁶, los descansos e interrupciones durante la jornada, los tiempos dedicados a la comida y/o bocadillo⁷, o cualquier tiempo de presencia sin realización de funciones (en máquinas de *vending*, cafeterías, uso de redes sociales etc.)⁸

En suma, el tiempo de trabajo efectivo se construye sobre tres elementos: la permanencia en el trabajo, la puesta a disposición a las órdenes em-

⁶ XV Convenio colectivo general de centros de atención a personas con discapacidad, Código de Convenio 99000985011981 (BOE núm. 159, 04/07/2019).

⁷ Convenio colectivo de la empresa External Crew, SL, Código de convenio 90103662012020 (BOE núm. 176, 25/06/2020).

⁸ VII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo, Código de convenio: 90012013011998 (BOE núm. 251 18/10/2019).

presariales y la realización de las funciones o actividades propias⁹. Con base a estos tres elementos habrá de analizarse cada uno de los supuestos específicos que aparecen como foco de controversia y asegurando, en todo caso, que la interpretación que se haga de los conceptos de la Directiva se haga respetando las disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores¹⁰. Para ello, el TJUE ha sentado las pautas generales.

3. Tiempos desplazamiento y jornada laboral

3.1. Desplazamiento de personas trabajadoras con puesto de trabajo fijo

Del tenor del Estatuto de los Trabajadores, si la permanencia en el trabajo se erige como primer elemento caracterizador del tiempo de trabajo efectivo, quedan fuera del concepto los tiempos dedicados al desplazamiento que se da como fase previa a la incorporación al puesto de trabajo, así como los tiempos de desplazamiento que se generan tras la salida del mismo. Como regla general, quedan fuera del tiempo de trabajo los «desplazamientos, actos preparatorios, cambio de indumentaria, actos de control mediante firma o fichaje, traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso, o similares»¹¹.

Como excepciones, el TS consideró no válida la cláusula del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad Privada que establece como tiempo fuera de la jornada el consumido en el desplazamiento de los trabajadores entre su domicilio y el lugar de recogida de la ropa y uniformes de trabajo que resulta preceptiva y que deben realizar cada dos años los trabajadores, antes y después del inicio de cada jornada. Este tiempo, dice la sentencia, debe considerarse como tiempo de trabajo efectivo y, por ende, que excede de la jornada de trabajo. Por ello, dicese en la sentencia, recae la obligación de su cómputo como horas extraordinarias, debiendo entonces retribuirse o compensarse en días de descanso. Llega el TS a esta conclusión dado que esos tiempos venían impuestos por las necesidades o conveniencia de la empresa¹². Iguales conclusiones se habían obtenido respecto al tiempo que un vigilante de seguridad debía dedicar diariamente al desplazamiento hasta la armería antes y después de cada jornada, computándose como «horas extraordinarias»¹³.

⁹ SSTJUE Caso *Jaeger*, asunto C-151/02, Caso *Dellas* y otros, asunto C-14/04, y autos *Vorel*, asunto C-437/05, y *Grigore*, asunto C-258/10.

¹⁰ STJUE de 10 de septiembre de 2015. Caso *Tico* (asunto C-266/14).

¹¹ STS de 19 de noviembre de 2019 (rec. 1249/2017).

¹² STS de 24 de septiembre de 2009 (rec. 2033/2008).

¹³ STS de 18 de septiembre de 2000 (rec. 1696/1999).

Posteriormente, ha debido conocer el Alto Tribunal sobre la posible inclusión de los tiempos de desplazamiento hasta el puesto de trabajo de las personas incluidas en el I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA)¹⁴. Determinan los arts. 59.7, 61.2 y 129 del Convenio Colectivo que para las personas sujetas al régimen de turnicidad, a efecto de mantener la operatividad del servicio mientras se hace el relevo de determinados puestos de trabajo, se reconocerán 7,5 minutos al inicio y 7,5 minutos al final de la jornada («tiempo de solape») que tendrán carácter de horas extraordinarias, a fin de que se pueda llevar a cabo el relevo y permitir al compañero entrante que se incorpore. Esa naturaleza de tiempo de trabajo efectivo responderá a que durante ese tiempo se está en el puesto de trabajo, en disposición de prestar servicios al estar equipado y se tienen a su disposición los medios necesarios, y no antes¹⁵.

No obstante, recientemente el TS ha vuelto a conocer sobre esta misma cláusula convencional, pero preguntado ahora sobre la naturaleza del tiempo que transcurre desde que los trabajadores acceden al recinto aeroportuario y son trasladados a sus respectivos SSE, es decir, sobre el tiempo que media entre el fichaje-entrada a las instalaciones y la incorporación efectiva al puesto de trabajo, momento entonces en el que se da el relevo.

En su STS de 19 de noviembre de 2019, y recogiendo la doctrina jurisprudencial nacional y comunitaria previa sobre los factores determinantes a la hora de integrar determinados espacios temporales dentro de la jornada laboral, el Tribunal Supremo ha recogido como principales conclusiones las siguientes:

- No es la intensidad de la actividad o el carácter directamente productivo de la misma lo que determina la naturaleza del tiempo en cuestión.
- Cuando la persona no es libre para elegir su ubicación o actividad, sino que está a disposición de la empresa surge una importante presunción de que estamos ante tiempo de trabajo.
- La presencia en dependencias empresariales constituye factor que juega a favor del carácter laboral del tiempo durante el que se dilata.
- El desplazamiento realizado bajo la dependencia del empleador puede ser ya tiempo de trabajo.

¹⁴ Cód. N.º 90100033012011 (BOE núm. 305, de 20 de diciembre de 2011).

¹⁵ «Es el relevo el que determina el momento en que el trabajador está ya en su puesto de trabajo, en disposición de prestar servicios, puesto que antes no puede realizar servicio alguno ni realizar tareas ni funciones, dado que ni siquiera está equipado ni tiene a su disposición los medios necesarios. Además, los posibles excesos de tiempo de fichaje, antes y después de finalizado el relevo, en modo alguno obedecen a trabajos efectivos a disposición de la empresa», es así que el tiempo de fichaje empleado a la entrada y salida del relevo no se considera tiempo computable de trabajo ya que no obedece a trabajos efectivos a disposición de la empresa. STS de 30 de enero de 2015 (rec. 501/2014).

— Es posible establecer una remuneración diversa de la ordinaria para aquel tiempo de trabajo que, pese tal consideración, no posee carácter directamente productivo¹⁶.

En el caso en cuestión, considera el TS como tiempos de no efectiva prestación de servicios a aquellos en los que hay un desplazamiento rutinario (siempre igual) y en el que las personas trabajadoras no se encuentran a disposición todavía de la empresa (a pesar de estar dentro de las instalaciones), máxime, cuando sea un tiempo en el que la parte empleada puede dedicarse a quehaceres ajenos a su actividad laboral como «descansar, leer, conversar, relacionarse a través de redes sociales, etc.». Dícese en la sentencia, «un papel importante para acceder a esa conclusión lo desempeña la previsión del convenio colectivo de empresa, cuando prevé un tiempo para el relevo (art. 61.2) y no hace lo propio para el desplazamiento desde el Bloque Técnico hasta el Parque SSEI y viceversa».

En ese sentido, el Convenio Colectivo se presenta como fuente con facultad para reconocer como horas extraordinarias, incluidas así en tiempo de trabajo efectivo, a aquellos tiempos que se enmarquen dentro del tiempo de desplazamiento, pero en los que se mantiene operatividad para la efectiva prestación del servicio¹⁷.

3.2. Desplazamiento de personas trabajadoras sin puesto de trabajo fijo

Se plantea aquí el problema de cómo computar el tiempo de trabajo transcurrido entre el domicilio-lugar de trabajo, y viceversa, de aquellos trabajadores que propiamente carecen de un puesto de trabajo fijo o habitual, y sobre los que desaparece el elemento de «desplazamiento rutinario». Ello no ha pasado inadvertido para el Tribunal de Justicia de la Unión cuando en el Caso *Tyco*¹⁸ ha conocido de un supuesto de delimitación del «tiempo de trabajo» en trabajadores móviles que prestan servicios desplazándose hasta los clientes que, de modo previo al inicio de la Jornada, son comunicados por la empresa vía *app*. Es este un supuesto en el que la empresa no computaba como tiempo de trabajo efectivo los tiempos dedicados al desplazamiento entre el domicilio y el primer cliente, así como aquellos consumidos entre el último cliente del día y la vuelta al domicilio. En consecuencia, dichos tiempos quedaban incluidos dentro del tiempo de descanso de la parte empleada.

¹⁶ STS de 19 de noviembre de 2019 (rec. 1249/2017).

¹⁷ Ejemplo de reconocimiento como tiempo de trabajo de todo desplazamiento que sea consecuencia del modelo de organización asistencial o derivado de la programación funcional del centro de trabajo, véase el Convenio Colectivo estatal de centros y servicio veterinarios, Código de Convenio n.º 99100235012020 (BOE núm. 219, 14/08/2020).

¹⁸ STJUE de 10 de septiembre de 2015. Caso *Tico* (asunto C-266/14).

Ante estos casos, el TJUE ha entendido «que toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario», de modo que la jornada de trabajo de estos trabajadores no podrá determinarse desde la llegada al primer punto de ejecución material de la prestación o restringirse a los tiempos de presencia en dichos lugares.

Al efecto, se considerará también tiempo «en trabajo» el dedicado a los desplazamientos entre clientes, así como el dedicado al desplazamiento entre el domicilio del prestador y el primer cliente, y el transcurrido entre el último cliente y el domicilio¹⁹. En ese sentido, considera el TJUE que en supuestos como el aquí expuesto, la parte trabajadora está en ejercicio de su actividad o de sus funciones durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes.

Respecto al segundo de los elementos del concepto de tiempo de trabajo, para su admisión debe la parte empleada encontrarse en una situación en la que esté obligada jurídicamente a obedecer las instrucciones de la parte empresarial y ejercer la actividad en su nombre. Esa puesta a disposición, reconoce el Tribunal de Luxemburgo, puede ser medidas desde una perspectiva cualitativa, atendiendo a la capacidad de la parte trabajadora para gestionar su tiempo y dedicarse a asuntos personales durante ese tiempo. En un supuesto como el del caso *Tyco*, aprecia el Tribunal, durante el desplazamiento la parte prestaría ve mermada su libertad para gestionar libremente su tiempo y, además, durante esos lapsos se encuentra sometida a las posibles instrucciones que de la parte empresarial puedan venir, lo cual genera que se encuentre claramente en situación de disponibilidad para la empresa.

El tercero de los elementos que conceptualiza art. 2.1 Directiva 2003/88 para la conformación del tiempo de trabajo, establece que el trabajador debe permanecer en el trabajo en el período considerado. En los supuestos en los que los trabajadores carecen de puesto de trabajo fijo o habitual y desarrollan su labor mediando desplazamientos, siendo tiempos en los que no se abandona la exigibilidad de sus funciones, considera el TJUE que, «el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario»²⁰.

A nivel nacional, el Alto Tribunal ha conocido de un litigio originado por la interpretación de una cláusula convencional en la que se establecía que:

para compensar los desplazamientos entre servicios, los trabajadores/as, dispondrán de cinco minutos por cada hora de servicio, deducibles del tiempo de prestación del servicio. Se considerará desplazamiento el efectuado desde el domicilio del primer

¹⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2015. Caso *Tico* (asunto C-266/14) y SAN 4 octubre de 2015.

²⁰ STJUE de 10 de septiembre de 2015. Caso *Tico* (asunto C-266/14), FJ 43.

usuario hasta el domicilio del último usuario en los que el trabajador preste sus servicios, salvo pacto...²¹.

Solicitaba la parte recurrente que, atendiendo a la doctrina europea del Caso *Tycó*, dichos tiempos de desplazamiento fuesen considerado tiempos de trabajo efectivo. No obstante, ha considerado el Tribunal Supremo que la doctrina europea no resulta trasladable a una cláusula como la del supuesto juzgado, en primer lugar, por estar dirigida ésta a los tiempos de desplazamiento y no a los de inicio de la actividad entre domicilio-cliente y retorno y, en segundo lugar, por no quedar acreditado que durante esos tiempos de desplazamiento concurren el resto de elementos necesarios para su consideración dentro de la jornada de trabajo²².

En ese sentido, erra la sentencia cuando en su primero de los motivos evita la traslación doctrinal bajo la argumentación de encontrarse ante un supuesto en el que el convenio colectivo prevé otro tipo de desplazamiento, cual es el acontecido *intra* jornada, ya que la ubicación espacial del desplazamiento no es para el TJUE un elemento determinante cuando de trabajadores itinerantes se trata. Cabe para estos casos una interpretación extensiva del puesto de trabajo, pudiendo mantenerse el trabajador en «presencia» a pesar de no encontrarse físicamente en el puesto de ejecución material de la prestación, siendo que cobra especial relevancia ahora el elemento de disponibilidad y la posible exigencia de las funciones inherentes a su actividad durante estos tiempos. Ciertamente es que, con base al segundo de los motivos que se aducían, y si se quiere negar su carácter de tiempo de trabajo efectivo, habrá que atender al supuesto específico de cada prestación laboral y verificar, probar en este caso, que la parte trabajadora no se encuentra durante esos lapsos dentro del marco rector y de subordinación ante la parte empresarial y que no le son exigibles funciones inherentes a su contrato de trabajo, ya que sólo en ese caso podrán ser considerados tiempos de descanso.

Un supuesto con hechos similares a los del Caso *Tycó* nos lo encontramos en la STS de 19 de mayo de 2020 (rec. 3366/2017), donde el Tribunal conoce sobre un posible caso de ilegalidad en el art. 40 del Convenio Colectivo Provincial de la Industria, los Servicios y las Tecnologías del Sector del Metal, para los años 2013-2016²³, que establece que:

en las empresas de tendido de líneas, electrificación, de ferrocarriles, tendidos de cables y redes telefónicas, la jornada de trabajo empezará a contarse desde el momento en que el trabajador abandone el medio de locomoción facilitado por la empresa y terminará en el tajo. Se abonará por la empresa el equivalente a una sola hora sencilla

²¹ III Convenio Colectivo Regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio (Cód. 7800235)

²² STS de 4 de diciembre de 2018 (rec.188/2017).

²³ Código de convenio: 0300037511982 (Boletín Oficial de la Provincia de Alicante n.º 119, 25/06/2014).

de trabajo, no computable a efectos de jornada, siempre que el tiempo invertido en los medios de locomoción exceda de hora y media.

Son estos trabajadores sin centro de trabajo fijo y que deben diariamente dirigirse a la central de la empresa, lugar donde se incorporan a los vehículos (proporcionados por la empresa) que les llevarán a los diferentes lugares de prestación del servicio y que variarán cada día. La empresa computa únicamente como tiempo de trabajo el que transcurre en el «tajo» y no el del desplazamiento entre la central y el lugar de ejecución de la prestación.

A pesar de que el TS no entra a conocer del fondo del asunto, ya que no se aprecia contradicción entre las sentencias sometidas a contraste por el recurso de casación, parece entreverse la asunción de la doctrina europea de entre las líneas de la sentencia. El primer elemento no coincidente en ambas sentencias es el referido a los hechos, donde se resalta que, para uno de los casos, los trabajadores desde que «llegan a la central hasta que vuelven a ella están sometidos a la organización empresarial»; y, por su parte, en la sentencia sometida a contraste no se considera probado que durante los desplazamientos los trabajadores estén sometidos a la organización y control empresarial. En ese sentido, se resalta la puesta a disposición del empresario como hecho determinante, en tanto resunta un elemento imprescindible para computar estos desplazamientos como tiempos de trabajo efectivo.

La doctrina jurisprudencial parece haberse consolidado a través de la reciente STS de 7 de julio de 2020 (rec. 208/2018). Entiende aquí el TS que se encuentra ante un supuesto de trabajadores sin puesto de trabajo fijo, ya que la actividad del caso (instalación y mantenimiento de los aparatos de seguridad en domicilios y establecimientos industriales y comerciales) «sólo puede realizarse en el domicilio de sus clientes, de manera que, los desplazamientos, desde el primero hasta el último, son consustanciales con la actividad de la empresa, quien no podría desempeñar su función empresarial si no desplaza a sus trabajadores, materiales y herramientas a los domicilios de sus clientes». Para ello, la empresa ponía los vehículos a disposición de las personas trabajadoras.

En este caso, la empresa mantenía un trato diferenciado entre las personas trabajadoras que se desplazan por toda la provincia para ejecutar los servicios, a quienes les computaba la jornada de trabajo desde que abandonan el domicilio y hasta que retornan al mismo; y las personas trabajadoras que ejecutan los servicios dentro de los municipios de Éibar y San Sebastián, a quienes debido a la cercanía geográfica de los servicios, únicamente les computa como tiempo de trabajo efectivo el transcurrido entre la llegada al primer cliente y el abandono del lugar de ejecución del servicio con el último cliente, dejando fuera de cómputo los lapsos entre el domicilio particular y el domicilio del cliente, y viceversa.

Considera el TS que en el supuesto analizado los desplazamientos al domicilio del cliente resultan esenciales para el despliegue de la actividad de la empresa, de modo que sin desplazamiento resultaría imposible desempeñar la prestación, y ello los convierte entonces en tiempo de trabajo efectivo. En ello, carece de importancia la distancia de los desplazamientos, sin que quepa alegarse tal condición para justificar exclusión alguna.

La sentencia del Tribunal Supremo asume la doctrina europea, pero resaltando la indispensabilidad del desplazamiento como condicionante para su inserción dentro del tiempo de trabajo efectivo, lo cual puede considerarse como una interpretación más extensiva en comparación con el resalte de la «puesta a disposición» acogida por el TJUE para llegar al mismo resultado. En esa línea, la doctrina del Alto Tribunal sitúa como elemento decisivo la condición del desplazamiento como consustancial a la prestación, y acaba por incluir en el concepto de tiempo de trabajo efectivo todo trayecto entre el domicilio particular y el cliente, sin necesidad de alegar el sometimiento a disposición y ejecución de funciones inherentes a su actividad durante ese tiempo²⁴.

4. Tiempos de disponibilidad y guardias

Vista la interpretación que de los tiempos de desplazamiento se ha hecho desde la jurisprudencia nacional y europea, conviene avanzar hacia la segunda de las problemáticas y que mayor litigiosidad ha generado dentro de la conceptualización del tiempo de trabajo efectivo. Nos encontramos entonces con aquellos lapsos temporales en los que propiamente la persona trabajadora no está ejecutando ningún servicio ni se están ejerciendo funciones propias de su contrato de trabajo, pero sí puede recibir llamadas al trabajo, incorporaciones al servicio, ante situaciones de necesidad de la empresa.

Huelga decir, la prolongación de la jornada de trabajo sin que venga acompañada de un reconocimiento formal como trabajo efectivo es un caballo de batalla de primer orden desde la perspectiva de la seguridad y salud de los trabajadores. Actualmente, nos encontramos con que las nuevas tecnologías están posibilitando en mayor medida que la persona trabajadora pueda encontrarse fuera del puesto de trabajo y, de modo inmediato, deba pasar a un estado de prestación de servicios, con las posibles extenuantes jornadas²⁵ que ello puedo

²⁴ En coherencia con dicha jurisprudencia, los tiempos de desplazamiento entre el domicilio particular y un cliente, cuando el trabajador se encuentra en tiempo de guardia, también se considerarán tiempo de trabajo efectivo. Contiene tal previsión expresa el Convenio Colectivo de la empresa NCR España, SL, Código de convenio 90003822011982 (BOE núm. 17, 20/01/2020).

²⁵ Entiéndase jornada desde su noción sociológica, diferenciada de la concepción jurídica «jornada de trabajo» del ET (GONZÁLEZ GONZÁLEZ, 2020: 214).

provocar. Estos entramados de prestación *just in time* generan la propagación de tiempos que hasta el momento eran de libertad, pero pasan ahora a situarse en zonas grises de difícil encaje, como son las «horas de espera», «horas de presencia» u «horas de disponibilidad», haciendo extensivas al régimen general situaciones propias de las jornadas excepcionales reguladas en el RD 1561/1995 (Rodríguez Escanciano, 2020: 162).

Ejemplo de lo anterior, las TIC vienen a incrementar la posibilidad de que personas que trabajan bajo la modalidad de teletrabajo o trabajo remoto, así como de las que ven fraccionado su trabajo en micro tareas con lapsos constantes entre, que no *intra*, jornadas (Marín Malo, 2019; 175) se encuentren obligadas a permanecer durante múltiples horas en un estado de disponibilidad o a la espera de recibir órdenes, funciones derivadas de su actividad de trabajo, en lo que puede llegar a convertirse en una disponibilidad perpetua. Empero, no corresponde a este trabajo el análisis del derecho a la desconexión tecnológica²⁶, sino más bien el dilucidar cuándo esos tiempos de disponibilidad pueden considerarse insertos dentro de la jornada de trabajo efectivo de la parte trabajadora y, por ende, resultan afectos por los tiempos máximos de prestación de servicios y los descansos mínimos necesarios.

Para poder delimitar si estos tiempos entran dentro del concepto de tiempo de trabajo efectivo y, en consecuencia, deben quedar plasmados en el registro de jornada diaria (González González, 2020: 232), tendremos que reparar sobre la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referida a los tiempos de guardia, en los que se permanece en períodos de inactividad.

A pesar de que la definición del art. 2 de la Directiva 2003/88 recoge tres elementos como conformadores del concepto de tiempo de trabajo, el TJUE ha reconocido que con la concurrencia de dos de ellos, concretamente la presencia y la disponibilidad, resulta suficiente para entender que nos encontramos dentro de los límites de la jornada efectiva²⁷ (Aragón Gómez, 2018: 123).

4.1. Guardias con presencia

Para la incorporación de los tiempos de guardia dentro del concepto de tiempo de trabajo de la Directiva, se presenta como factor determinante el «estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposi-

²⁶ Para un detenido estudio del derecho a la desconexión digital, véase González Labrada, M. «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance» en *Revista de Derecho Social*, n.º 87 (2019), págs. 91-112; y para sus implicaciones en materia de negociación colectiva, Sierra Hernáiz, E. «El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales del trabajador» en *Temas Laborales*, n.º 152 (2020), págs. 115-138.

²⁷ SSTCE de 3 de octubre de 2000, Caso *Simap SIMAP* (asunto C-303/98); de 9 de septiembre de 2003, Caso *Jaeger* (asunto C151/02); de 5 de octubre de 2004, Caso *Pfeiffer*; y de 1 de diciembre de 2005, Caso *Dellas y otros* (asunto C-14/04).

ción de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad»²⁸.

Como ejemplo de conceptualización del tiempo de presencia, el III Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación²⁹ lo recoge como:

aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, en el lugar designado por éste, sin prestar trabajo efectivo, y en espera o expectativa de que se produzca la activación, entendida como comunicación, por cualquier medio, al trabajador de la realización de forma inmediata de un trabajo efectivo».

El TJUE ha considerado que el tiempo de disponibilidad de las guardias con presencia debe quedar comprendido dentro del ejercicio de las funciones del contrato de trabajo, «aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias»³⁰. Entiende el Tribunal de Luxemburgo que sólo así se puede garantizar que se preservan los objetivos de la Directiva y se protege el disfrute de los períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados.

En ese sentido, estas guardias computarán como tiempo de trabajo efectivo, constarán en el registro de jornada diaria³¹, y vendrán obligados a respetar los tiempos máximos de jornada efectiva y los tiempos de descanso³².

De lo antedicho, se presentan como contrarias al marco legal las cláusulas convencionales que prevén el no reconocimiento como trabajo efectivo de los tiempos de guardia con presencia³³.

²⁸ STJUE de 1 de diciembre de 2005, Caso *Dellas y otros* (asunto C-14/04).

²⁹ Código de Convenio n.º 99015875012006 (BOE núm 189, 10/07/2020).

³⁰ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso *Matzak* (asunto C-518/15).

³¹ Sobre la posibilidad de incluir los tiempos de disponibilidad en el registro de jornada, en el supuesto específico de puestos de trabajo como mandos, cargos de confianza o con ejercicio de especiales responsabilidades, véase el Convenio Colectivo de trabajo de preparados alimenticios y productos dietéticos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, Código de convenio núm. 79000625011994 (DO. Generalitat de Catalunya núm. 8158, 19/06/2020).

³² Estableciéndose tiempos máximos de jornada específicos para los tiempos de guardias con localización, llamados «tiempos de imaginaria» en el ámbito de control del tráfico aéreo, véase el Convenio Colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, Código de convenio n.º: 99100105012012 (BOE, núm. 196, 14/08/2018).

³³ En principio, resultan desacertadas cláusulas como la prevista en el VIII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios privados, Código de convenio n.º 99009355011995 (BOE núm. 4, 04/01/2019) cuando establece que «Las horas de mera presencia en la empresa no serán consideradas como de trabajo», en tanto habrá que ver si esa presencia concurre porque viene exigida por la empresa y si viene acompañada de disponibilidad para el ejercicio de funciones, ya que en tal caso, quedaría enmarcada dentro del concepto de tiempo de trabajo, a pesar de que el convenio colectivo dispone su exclusión.

4.2. Guardias localizadas sin presencia

Focalizando en la *presencia y disponibilidad* se había pronunciado previamente el TJUE en el Caso *SIMAP*, excluyendo del concepto de tiempo de trabajo únicamente las guardias localizadas pero sin presencia en el centro, y que permitiesen al trabajador «organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales»³⁴ (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2013). La necesidad de encontrarse en una localización concreta que permita su pronta incorporación conlleva indefectiblemente que la persona trabajadora pierda autonomía sobre la gestión de su tiempo y la posibilidad para dedicarse a menesteres ajenos a su actividad profesional.

Esa exigencia de presencia habrá que diferenciarla de los tiempos de localización en los que la parte trabajadora no debe permanecer en un espacio físico determinado, ya que, en estos supuestos, si bien atendiendo a la casuística particular, no puede reconocerse *de facto* una limitación de la capacidad de la persona trabajadora para dedicarse con total libertad a quehaceres de su ámbito privado.

Para determinar si existe *disponibilidad*, apuntaba la sentencia comunitaria, se debe atender a si tras la llamada concurre una obligación del trabajador a reincorporarse a su puesto de trabajo o a desempeñar sus funciones (pudiendo ser vía remota) en el momento que se le requiere. En ello, resulta determinante el tiempo que se le concede al trabajador para responder a la orden empresarial y presentarse en el puesto de trabajo, o deba iniciar la ejecución de la prestación³⁵. Ello es así, se decía, ya que los tiempos de respuesta limitados obligan a la parte trabajadora a tener que permanecer en las inmediaciones del centro de trabajo, ya que sólo así podría responder de modo inmediato a la llamada de la empresa³⁶. En definitiva, tiempos reducidos de necesaria respuesta, establecida en 8 minutos en el caso *MATZAK*, conllevan una limitación de la libertad de movimiento de las personas trabajadoras y pueden convertir el tiempo de disponibilidad en tiempo de efectiva prestación de servicios.

Entonces, para la inclusión en el concepto de tiempo de trabajo efectivo de estos espacios resulta determinante el hecho de que durante el período de inactividad, pero de espera para posibles llamadas de servicio, la parte prestataria vea limitada de manera objetiva las posibilidades para dedicarse a sus intereses personales y sociales³⁷. De otro modo, las guardias de localización no computarán como de jornada efectiva.

³⁴ STJUE de 3 octubre de 2000. Caso *SIMAP* (asunto C-303/98); de 4 de marzo de 2011, Caso *GRIGORE* (asunto C-258/10); de 9 de julio de 2015, Caso Comisión Europea vs. Irlanda (asunto C-87/14).

³⁵ STJUE de 3 octubre de 2000. Caso *SIMAP* (asunto C-303/98).

³⁶ STJUE de 10 de septiembre de 2015. Caso *Tico* (asunto C-266/14); STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso *Matzak* (asunto C 518/15).

³⁷ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso *Matzak* (asunto C 518/15).

Establece el TJUE, cuando no se exija una respuesta inmediata, que:

Aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, sólo debe considerarse «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios³⁸.

Parece acertada entonces la conclusión de la Abogada General en el Caso *MA-TZAK*, cuando refiere que en los casos donde la propia naturaleza del tipo de obligación exige permanecer cerca del centro de trabajo, la relevancia de la «calidad del tiempo» cobra interés sobre el elemento locativo de cercanía para con el centro de trabajo³⁹. No obstante, esa previsión de la Abogada General se ve contrarrestada con la interpretación dada por el propio Tribunal en la sentencia *MATZAK*, donde se sigue dando una prioridad esencial al elemento geográfico, de modo que la ubicación y proximidad al centro de trabajo se erigen como factores basilares para la inclusión de estos tiempos dentro del concepto jurídico de «tiempo de trabajo» y, por ende, de la jornada efectiva (Rodríguez Rodríguez, 2019).

Se podría plantear la duda de cómo enmarcar aquellas guardias de localización que exigen una presencia traducida en la necesidad de encontrarse dentro de una distancia perimetral determinada del puesto de trabajo. En estos casos, considero que el hecho de que se obligue a permanecer en un determinado espacio geográfico determinado puede convertir a estos tiempos de disponibilidad en guardias con presencia. Durante las mismas, atendiendo a la distancia establecida como límite máximo, habrá que interpretar el modo en el que se incide en la libertad de movimiento y la capacidad para gestionar los tiempos de desarrollo personal y familiar. Así, límites geográficos muy cercanos serían aquí asimilables a tiempos de respuesta inmediatos, y viceversa⁴⁰.

En definitiva, se puede concluir que aquellas guardias con localización pero que no exigen una respuesta en corto plazo se encontrarán fuera del concepto de jornada efectiva y serán catalogadas como tiempo de descanso⁴¹; a *sensu* contrario, cuando se

³⁸ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso *Matzak* (asunto C 518/15), y 9 de septiembre de 2003, Caso *Jaeger*, (asunto C151/02).

³⁹ Conclusiones de la Abogada General presentadas el 26 de julio de 2017 (asunto C-518/15).

⁴⁰ Para un supuesto en el que se exige la permanencia a una distancia no superior a 50 kilómetros, y esos tiempos son considerados guardias sin presencia y no computan como tiempo de trabajo efectivo, véase el V Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional, Código de convenio: 99016365012007 (BOE núm. 163, 09/07/2019).

⁴¹ Estos «períodos de disponibilidad no serán tomados en consideración para la duración máxima» (de la jornada semanal), III Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, Código de Convenio n.º 99015875012006 (BOE núm 189, 10/07/2020).»no tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo o jornada laboral el tiempo en el que el trabajador esté disponible y localizable»,

requieran tiempos de respuesta inmediatos, se considerará que la persona trabajadora se encuentra en funciones y, por lo tanto, estaremos ante tiempos de trabajo efectivo y la guardia de localización se equiparará a las guardias con presencia.

En el primero de los casos, no se genera con ello derecho de descanso compensatorio, sin perjuicio de que algunos convenios colectivos, en atención al coste personal y social que la disponibilidad también acarrea, establezcan límites para estos tiempos⁴². Por su parte, para el segundo de los supuestos (guardia de localización «de restricción fuerte»), cuando la disponibilidad se solape con tiempos de descanso generará a su finalización tiempos de descanso consecutivos (Aragón Gómez 2018, 129)⁴³ y los tiempos deberán ser computados y registrados como horas de trabajo ordinarias o extraordinarias (si superan la jornada máxima del convenio colectivo). De ese modo, esas horas estarán sujetas a los límites de las horas extraordinarias y de jornada semanal máxima.

Resulta posible que vía convencional se establezcan horas complementarias por encima de la jornada ordinaria pero excluidas de considerarse horas extraordinarias, siempre que con la suma de las ordinarias y complementarias no se supere la jornada máxima semanal (Aragón Gómez, 2018: 130).

Cabe advertir, la imposibilidad de localización en tiempos preprogramados por la empresa como tiempos de disponibilidad podrá dar lugar a sanciones disciplinarias sobre los trabajadores que los incumplan⁴⁴.

4.3. Integración de la doctrina europea por la jurisprudencia española

En el plano nacional, el Alto Tribunal ha incorporado la doctrina comunitaria asimilando las guardias localizadas con llamada al trabajo, es decir, en las que se presta *servicio efectivo de trabajo*⁴⁵, para equipararlas a las guardias con presencia y, por ende, computándolas como tiempo de trabajo efectivo y some-

VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), Código de convenio n.º 99014365012003 (BOE núm. 238, 03/10/2019).

⁴² «el límite máximo de horas de disponibilidad no podrá exceder 1,5 veces la jornada anual establecida en convenio colectivo o su proporción en base a la jornada especificada en el contrato a tiempo parcial», en III Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, Código de Convenio n.º 99015875012006 (BOE núm 189, 10/07/2020).

⁴³ Se prevé la necesidad de que estos tiempos de disponibilidad respeten «siempre los descansos mínimos entre jornadas del artículo 34.3 del Estatuto de los Trabajadores», en Convenio Colectivo estatal del sector de prensa diaria, Código de convenio: 99013745012001 (BOE núm. 205, 27/08/2019).; «al que preste guardia en domingo o fiesta laboral, el descanso semanal compensatorio se le concederá en día que no sea sábado», en Convenio Colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, Código de Convenio n.º 99000785011981 (BOE núm. 87, 10/04/2018).

⁴⁴ Ejemplo de ello, «el no portar el buscapersonas o no estar localizable en los períodos de disponibilidad según cuadrante», se recoge como falta en el Convenio Colectivo para el sector de actividades forestales, Código de convenio: 99100225012019 (BOE núm. 165, 11/07/2019)

⁴⁵ SSTs de 12 de julio de 1999 (rec. 2979/1998), de 18 de febrero de 2000 (rec. 4280/1998).

tidas a los tiempos de descanso diario necesario⁴⁶. A la contra, quedan excluidas de la jornada efectiva aquellas guardias localizadas en las que la parte trabajadora no muestre presencia física⁴⁷ (Llorens Espada, 2020: 24). Esta diferenciación entre horas de presencia y de localización estriba en que durante «la localización cabe, en principio, que el trabajador mantenga, aunque con limitaciones, determinadas opciones personales o familiares, que están excluidas por las restricciones más gravosas propias del tiempo de presencia»⁴⁸.

En iguales términos, la Audiencia Nacional ha considerado como excluidas del tiempo de trabajo a aquellas guardias en las que el trabajador:

únicamente ha de estar disponible y localizable sin que se fije un plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que le sean requeridas, sin que tal exigencia implique más que estar pendiente de la terminal de telefonía móvil que le proporciona la empresa, sin que se le exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo, ya que al no fijarse un plazo mínimo para el inicio de la intervención— que en la práctica totalidad de los casos consta que se efectúa desde el propio lugar en que se encuentra el trabajador— prácticamente no ve mermadas ni su libertad ambulatoria, ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales⁴⁹.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha conocido en la sentencia de 18 de junio de 2020, sobre un supuesto en el que ha tenido ocasión de incorporar la doctrina europea e interpretar cómo debe entenderse el concepto de tiempo de trabajo en el caso de guardias sin presencia. Se trata de un caso en el que la persona trabajadora responde ante las llamadas del servicio pero de un modo remoto, y no se exigen tiempos de respuesta inmediata o de presencia física, ni durante la espera ni durante la ejecución⁵⁰.

El caso trae causa del XVII Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de mercado de la Opinión Pública⁵¹, donde se recoge un «Acuerdo de Disponibilidades», que establece el sistema de guardias a aplicar sobre los trabajadores que de forma voluntaria se incorporen al mismo. En el Acuerdo se distinguen varios niveles de guardia o disponibilidad:

1.- Disponibilidad o guardia: para los firmantes del acuerdo, supone que el trabajador esté disponible y localizable fuera de su jornada de trabajo con el fin de atender las incidencias en el servicio que puedan producirse. 2.- Llamada sin interven-

⁴⁶ STS de 27 de enero de 2005 (rec. 5539/2003).

⁴⁷ STS de 11 de octubre de 2006 (rec. 4859/2004); STSJ de Galicia, núm. 5195/2017 de 30 octubre (rec. 246/2017).

⁴⁸ STS de 27 de enero de 2009 (rec. 27/2008).

⁴⁹ SAN núm. 137/2018 de 20 septiembre. (rec. 125/2018).

⁵⁰ STS de 18 de junio de 2020 (rec. 242/2018).

⁵¹ Convenio n.º 99001355011983 (BOE 27 agosto 2018, núm. 207).

ción: respuesta telefónica a una incidencia producida durante el servicio de guardia. 3.- Intervención: conjunto de operaciones realizadas en remoto o presenciales, acudiendo personalmente al lugar requerido, destinadas a resolver la incidencia. 4.- Intervención planificada: Realización de trabajos fuera de la jornada cuya ejecución está prevista de antemano (el acuerdo prevé una antelación de 48 horas).

A su vez, el servicio de guardia se articula con grupos de «primer nivel» y «retenes». Los primeros, reciben la llamada e inician la resolución de incidencia; mientras los segundos (guardia de retén), pueden responder a la llamada del servicio mediante soporte telefónico (aquellos adscritos al retén telefónico) o acudiendo, dentro de su tiempo de disponibilidad, como soporte a quienes se encuentren en primer nivel (trabajadores adscritos al retén técnico). Cuando la intervención lo permite, se efectuará el trabajo de modo remoto (mediante un móvil y un ordenador, puestos a disposición por la empresa), siendo excepcionales las ocasiones en las que se requiere de desplazamiento para la ejecución.

A efectos de reconocimiento de los tiempos de ejecución, la empresa no considera que concurra intervención cuando la incidencia pueda solventarse mediante llamada telefónica y sí cuando se requiere de una operación, remota o presencial, para resolver la incidencia.

Como peculiaridad a resaltar, la persona trabajadora no está obligada a atender la incidencia dentro de un plazo de tiempo determinado desde que recibe el aviso, ni tampoco se le exige estar en su domicilio, ni en cualquier otro específico lugar.

En este supuesto, el Tribunal Supremo acoge la doctrina del Caso *MAT-ZAK* por la que:

las guardias de disponibilidad se consideran tiempo de trabajo cuando obligan al trabajador a permanecer en las instalaciones de la empresa, o en cualquier otro lugar designado por el empleador —incluido el propio domicilio—, para acudir en un breve plazo de tiempo al requerimiento empresarial, y que se desenvuelven por lo tanto en condiciones que limitan su libertad de deambulación e impiden administrar a voluntad el tiempo para poder dedicarse a sus intereses personales y a la libre realización de aquellas actividades que considere oportunas.

De ello, considera que no puede entenderse como tiempo de trabajo el tiempo en el que los trabajadores se encuentren bajo guardia localizada, sin obligación de permanencia en un espacio físico, siendo que no existe siquiera la necesidad de incorporarse a un puesto de modo inmediato. Ello, concluye la sentencia, permite al trabajador conservar su libertad ambulatoria y «dedicarse libremente a las actividades sociales, personales y de ocio que estimen oportunas.

La anterior conclusión, sostiene el TS, viene reforzada por el hecho de que «la mayoría de las incidencias se resuelven mediante una llamada de teléfono o en

remoto a través del ordenador, y solo excepcionalmente es necesario el desplazamiento al centro de la empresa o al de los clientes». Ahora bien, entiende esta parte que a pesar de que el tiempo de disponibilidad para atender a las llamadas telefónicas se considerará tiempo de descanso, el tiempo en el que se está atendiendo de modo remoto o vía telefónica la incidencia, en tanto se está en prestación efectiva de servicios, debería computar y registrarse como horas de trabajo efectivo.

En supuestos similares, con exigencia de inmediatez únicamente a efecto de atender al dispositivo telefónico⁵², sin exigencia de tiempos de respuesta presencial específicos⁵³, o en los que la empresa concede a los trabajadores 45 minutos⁵⁴ o 30 minutos⁵⁵ para actuar, se ha considerado que dicho tiempo, a diferencia de los 8 minutos como tiempo máximo de respuesta que se establecían en el Caso *MATZAK*, sí permiten dedicarse a quehaceres privados por lo que no se computan como jornada de trabajo efectiva⁵⁶.

En ese sentido, considero que la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo resulta aplicable para los trabajadores que realizan horas de guardia «en primer nivel» y responden a la llamada de modo remoto y sin inmediatez, pero quedaría por ver si las personas que realizan guardias de retén, en tanto soporte de los primeros, no encuentran su servicio incardinado al momento de ejecución de los primeros y, en consecuencia, sí requieren de intervención inmediata. En tal caso, una interpretación adecuada con la doctrina europea nos llevaría a entender insertas esas guardias dentro del tiempo de trabajo efectivo.

En definitiva, como norma general, nuestros Tribunales excluyen de su consideración de tiempo de trabajo a aquellas guardias localizadas en las que la parte trabajadora no viene obligada a cumplir una presencia física en un lugar determinado, y mantiene libertad para desenvolverse personal y socialmente⁵⁷. Dentro de estas guardias únicamente aquellas que muestren una necesidad de incorporación de modo inmediato podrán ser consideradas como tiempo de trabajo y generaran derecho a cómputo y retribución.

Un régimen de disponibilidad similar al que trae causa de la sentencia del TS es el recogido por el Convenio Colectivo de la empresa Nokia Trans-

⁵² STSJ de Extremadura, de 09 de julio de 2020 (rec. 1/2020).

⁵³ Mediando además posibilidad de que esa asumido por otros trabajadores, STSJ de Islas Canarias, de 17 de diciembre de 2020 (rec. 646/2019);

⁵⁴ STSJ de Cantabria, de 21 de mayo de 2020 (rec. 220/2020), STSJ de Canarias, de 18 de diciembre de 2019 (rec. 724/2019)

⁵⁵ STSJ de Asturias, de 4 de febrero de 2020 (rec. 2436/2019)

⁵⁶ STSJ de Cantabria, de 21 de mayo de 2020 (rec. 220/2020); STSJ de Canarias, de 18 de diciembre de 2019 (rec. 724/2019). Se reconoce un tiempo de respuesta «aproximado de 60 minutos», en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de Torreldones, Código de convenio: 28102822012020 (BO Comunidad de Madrid, 08/08/2020).

⁵⁷ SSTSJ de Andalucía, de 3 de octubre de 2019 (rec. 450/2019); TSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de febrero de 2019 (rec. 1820/2017).

formation Engineerin & Consulting Services Spain SLU (BOE núm. 217, 12/08/2020)⁵⁸, según el cual las personas trabajadoras pueden elegir si optar por la realización de tiempos de disponibilidad de modo que la intervención sea realizada «de forma remota y sin desplazamiento físico (sin presencia: el trabajador podrá decidir si realiza la intervención remota desde el centro de trabajo o desde su domicilio cuando sea necesario desplazamiento a clientes), bien con desplazamiento a centrales, instalaciones, oficinas del cliente o de la Empresa (con presencia)». Recoge el Convenio colectivo que el personal sometido a tiempos de disponibilidad dispondrá de «un plazo no superior a 15 minutos desde que se le comunique el aviso de intervención».

Reconoce dicho Convenio como tiempo de trabajo efectivo el dedicado a cada intervención, si bien, no explicita dicha extensión a ninguno de los tiempos de disponibilidad. En ese sentido, acorde con la doctrina del Tribunal Supremo, se entiende no se computen como tiempo de trabajo los tiempos de localización con intervención telefónica en los que se dispone de 15 minutos para ello, en tanto no suponen una limitación a la libertad ambulatoria y permiten la gestión, en cierta medida, del tiempo dedicado para el desarrollo social y personal. No así, los tiempos de disponibilidad que requieren de desplazamiento y exigen un tiempo de respuesta para su intervención de no más de 15 minutos, y que el propio Convenio viene a calificar como de «presencia», habrán de ser necesariamente computados como tiempo de trabajo efectivo en la empresa.

En estos supuestos donde el desplazamiento habrá de realizarse a lugares de trabajos diferentes en función del cliente, a diferencia de lo establecido en el caso *MA-TZAK*, el tiempo máximo de llegada al trabajo tras la llamada carece de importancia, ya que puede cambiar según el destino de ejecución de cada servicio, y adquiere relevancia entonces el tiempo máximo que se conceda para iniciar el desplazamiento.

4.4. La (posible) remuneración de los tiempos de disponibilidad

El TJUE ha reconocido que la Directiva 2003/88 no establece mención alguna sobre la cuestión de la retribución de estos tiempos, ni en su modalidad de cómputo dentro de la jornada efectiva ni como tiempos de descanso, recayendo sobre los Estados miembro la facultad para decidir sobre su regulación, pudiendo designar que la remuneración «en «tiempo de trabajo» no sea la misma que la de un trabajador en «período de descanso», hasta el punto de que pueden no reconocer retribución alguna durante este último período»⁵⁹.

Nada obsta a que por vía convencional se puedan establecer determinados complementos retributivos dirigidos a remunerar los tiempos de disponibilidad que, atendiendo a la doctrina jurisprudencial antedicha, quedan fuera de las ho-

⁵⁸ Código Convenio: 90100101012014.

⁵⁹ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso *Matzak* (asunto C-518/15).

ras efectivas de trabajo. A pesar de que durante esos tiempos no se realice ninguna prestación efectiva, la disponibilidad *per se* «condiciona la conducta social del trabajador y le impone restricciones e incomodidades en su quehacer habitual», y supone una merma de en la calidad del descanso de la persona trabajadora, por lo que no es de extrañar que los agentes sociales hayan incorporado en textos convencionales complementos retributivos para compensar dichas limitaciones⁶⁰. Máxime, ello encuentra especial justificación cuando se trata de tiempos de disponibilidad, estilo guardias de localización, que no exigen desplazamiento físico tras la llamada al servicio, pero se sí espera una consiguiente actividad de modo remoto, normalmente, vía telefónica⁶¹.

Por su parte, cuando nos encontremos con guardias de localización con «restricción intensa» y/o guardias de presencia, queda abierto a la negociación colectiva el establecer mayores remuneraciones para aquellos tiempos en los que sí se considera que se está prestando servicio, ya sea en modo de horas complementarias (por encontrarse esos tiempos adicionales entre la jornada máxima del convenio y la jornada máxima legal del art. 34 ET) o, normalmente, como horas extraordinarias de servicio (por encima de la jornada máxima legal del art. 34 ET)⁶².

Puede igualmente darse el caso de que, por encima de la retribución derivada de las horas de trabajo efectivas, adicionalmente se remuneren esos tiempos mediante un complemento en concepto de localización⁶³ o como compensación por intervención⁶⁴. Esta cuantía vendrá determinada normalmente mediante una cantidad a tanto alzado por disponibilidad diaria, semanal⁶⁵ o, incluso, anual⁶⁶.

⁶⁰ Recogiendo retribución específica para la disponibilidad: III Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, Código de Convenio n.º 99015875012006 (BOE núm. 189, 10/07/2020); previsto como «complemento de retén», VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), Código de convenio n.º 99014365012003 (BOE núm. 238, 03/10/2019); Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora, Código de Convenio: 99100095012012 (BOE núm. 236, 01/10/2019).

⁶¹ Convenio Colectivo de la empresa Nokia Transformation Engineerin & Consulting Services Spain SLU, Código Convenio: 90100101012014. (BOE núm. 217, 12/08/2020).

⁶² STSJ de Andalucía, de 25 de junio de 2020 (rec. 2455/2019); reconociéndolas como horas extraordinarias de servicio, véase el Convenio Colectivo de la empresa NCR España, SL, Código de convenio 90003822011982 (BOE núm. 17, 20/01/2020).

⁶³ «en concepto de dispositivo de localización por cada día la cuantía que deberá establecerse en cada convenio sectorial de ámbito funcional y/o territorial inferior que resulte de aplicación», en Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as, Código de convenio: 99000305011990 (BOE núm 255, 25/09/2020).

⁶⁴ Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Ingeniería de Seguridad, SAU, Código de convenio: 90012013011998 (BOE núm. 6, 07/01/2020).

⁶⁵ STSJ de Andalucía, de 25 de junio de 2020 (rec. 2455/2019); reconociéndolas como horas extraordinarias de servicio, véase el Convenio Colectivo de la empresa NCR España, SL, Código de convenio 90003822011982 (BOE núm. 17, 20/01/2020).

⁶⁶ Se recoge un plus de disponibilidad semanal de 130,12 euros para las áreas no técnicas y otro diferentes de 5.000 euros/bruto al año para compensar la disponibilidad en el área Red para Gestor

En ocasiones la guardia presencial será compensada de modo equivalente con tiempo de descanso, y cuando el tiempo dedicado a la intervención coincida con días festivos o de descanso, generará tiempos de descanso exponencialmente superiores⁶⁷. Algunos Convenios darán derecho a la percepción de un plus monetario por cada hora de trabajo efectiva trabajada en horario de guardia⁶⁸.

En otras, será la parte trabajadora quien decidirá si prefiere que se le conceda un día adicional de descanso por cada guardia presencial o que se le abone la parte proporcional de su sueldo, en concepto de horas de trabajo efectivas⁶⁹.

5. Conclusiones

El tiempo de trabajo y su delimitación es una materia directamente relacionada con la seguridad y salud de los trabajadores, ya que viene a prevenir a las personas trabajadoras de la realización de jornadas extenuantes que puedan generar daños sobre su salud psíquica y física.

Para ello, la negociación colectiva deviene una fuente de regulación óptima para la configuración de los tiempos de trabajo específicos en cada sector y empresas, y así se contempla tanto en el marco regulador europeo como español.

Dentro del concepto de trabajo efectivo aparecen determinados espacios temporales de difícil conceptualización, por difuminarse en ellos alguno de los elementos constructivos del concepto de tiempo de trabajo. De esos espacios han sido conocedores tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como nuestros Tribunales internos, creando una doctrina jurisprudencial en constante avance.

Centro Técnico en los Gestor Centro Técnico en los Convenio Colectivo de la empresa Orange Espagne, SAU, Código de Convenio: 90016692012008, y el Convenio colectivo de la empresa Orange España Comunicaciones Fijas, SLU, Código de Convenio: 9013482012019 (BOE núm. 251 18/10/2019).

⁶⁷ Prevé el Convenio Colectivo de la empresa Orange Espagne, SAU, Código de Convenio: 90016692012008, y el Convenio colectivo de la empresa Orange España Comunicaciones Fijas, SLU, Código de Convenio: 9013482012019 (BOE núm. 251 18/10/2019), que la disponibilidad ejercida en festivos especiales dará derecho al disfrute de dos días de descanso; «cuando por necesidades de la Ikastola el/la conserje portero/a (que disfruten de vivienda y, por ende, se encuentren en disponibilidad) realicen su trabajo el sábado o domingo, tendrán derecho(...) a una compensación a razón de 1,75 horas por cada hora trabajada», Convenio Colectivo de Ikastolas de Araba/Alava, Bizkaia y Gipuzkoa, 2018-2019 (BO País Vasco, núm. 121 22/06/2020); con una recarga del 75% sobre la hora ordinaria, véase IV Convenio Colectivo de instalaciones deportivas y gimnasios de la Comunidad Autónoma de Galicia, Código de convenio: 8200106501210 (DO Galicia núm. 134, 07/07/2020).

⁶⁸ VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), Código de convenio n.º 99014365012003 (BOE núm. 238, 03/10/2019).

⁶⁹ Convenio Colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, Código de Convenio n.º 99000785011981 (BOE núm. 87, 10/04/2018).

En ese sentido, no tendrán validez las cláusulas convencionales que establezcan como tiempo de no-trabajo los lapsos temporales de desplazamiento al trabajo en los que la parte empleada se encuentra a disposición de la parte empleadora para el ejercicio de sus funciones, a pesar de no haberse incorporado todavía físicamente al puesto de trabajo.

Con base a la misma doctrina jurisprudencial, quedan dentro del concepto de tiempo de trabajo efectivo los desplazamientos que las personas trabajadoras realicen entre su domicilio-particular y el primer cliente de cada jornada, así como el ubicado entre el último cliente y el retorno al domicilio particular, cuando la variabilidad del puesto de trabajo resulte consustancial al modo de prestación del servicio.

Respecto a los tiempos de desplazamiento *intra* jornada, nuestro Tribunal Supremo no considera aplicable a estos supuestos la doctrina del caso *Tyco*. No obstante, considera esta parte que cuando los desplazamientos sean consustanciales a la actividad y durante esos lapsos concorra disponibilidad para la realización de funciones inherentes al contrato, caso de trabajadores móviles sin puesto de trabajo fijo, no podrán excluirse convencionalmente estos tiempos de la jornada efectiva de trabajo.

En lo relativo a los tiempos de localización, quedarán fuera del concepto de tiempo de trabajo las guardias de localización en las que no se exigen tiempos inmediatos de respuesta ni se obliga a la parte trabajadora a encontrarse durante ellos en una localización específica. No así, cuando la intervención requiera de tiempos de respuesta muy reducidos, las cláusulas convencionales tendrán que recoger que esos tiempos de disponibilidad computarán como trabajo efectivo y consiguientemente aparecer en el registro de jornada diaria. Esto mismo se interpretará respecto de las guardias con presencia en las que la parte trabajadora debe permanecer en un lugar determinado, y a disposición de la empresa.

La incorporación de los tiempos de disponibilidad como tiempos de trabajo conlleva que deban ser computados dentro de los tiempos de jornada máxima, pudiendo recogerse como horas complementarias o extraordinarias. Estos tiempos generarán igualmente consecuentes tiempos de descanso.

La negociación colectiva aparece como fuente normativa esencial en el desarrollo de la jornada laboral de cada sector/empresa y los concretos tiempos de trabajo y descansos. En determinadas actividades resulta usual que los convenios colectivos recojan tiempos específicos de disponibilidad y específicas modalidades de retribución, atendiendo a las diferentes modalidades de espera. En ese sentido, no resulta inusual que vía convenio colectivo se prevean remuneraciones tasadas para aquellos tiempos de descanso en los que la parte trabajadora se mantiene a la espera de recibir posibles llamadas al trabajo, pero en los que no se requiere de intervención física inmediata.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2019) «El diálogo social y la negociación colectiva como herramienta para lograr una transición justa» *Lan Harremanak*, n.º 42, : 13-49.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina (2018) «La compleja delimitación del concepto de tiempo de trabajo y la aportación de que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» *Revista de Información Laboral*, n.º 9, 113-143.
- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier (2016) «La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia» *Lan Harremanak*, n.º 42, 89-126.
- CESE (2019) «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El pilar europeo de derechos sociales: evaluación de las primeras medidas de aplicación y recomendaciones para el futuro"»
- DE LA CASA QUESADA, Susana (2019) «Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital» *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º extraordinario, 113-145.
- DE SANTOS SANCHEZ, Víctor (2017) «Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la negociación colectiva. Jurisprudencia de los Tribunales Españoles y de la UE. Aplicación en la empresa» En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. *Tiempo de trabajo*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 255-299.
- GOERLICH PESET, José M.^a (2008) «Tiempo de trabajo y negociación colectiva» En GOERLICH PESET, José M.^a. *Tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración; Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, 17-46.
- GOMEZ GORDILLO, Rafael; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio; CARRIZOSA PRIETO, Esther; MARTÍN HERNÁNDEZ, M.^a Luisa y CIALTI, Pierre-Henri (2020) «La ordenación legal del tiempo de trabajo. Estructura de la negociación colectiva. Regulación convencional de la vigencia y duración de las cláusulas tiempo de trabajo» En AAVV. *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*. Madrid: CCOO; Fundación 1.º de mayo; Lefebvre, 2020, 13-63.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos (2020) *Registro de la jornada y problemas en la determinación de la jornada efectiva de trabajo*. Cizur Menor: Aranzadi.
- GONZÁLEZ LABRADA, Manuel (2019) «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance» *Revista de Derecho Social*, n.º 87, 91-112.
- GOÑI SEIN, José Luis (2013) «Las funciones del convenio colectivo en el desarrollo de la prevención de riesgos laborales» En Ramos Quintana, Margarita Isabel (dir.) *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*. Albacete: Bomarzo, 2013, 45-55.
- HADWIGER, Felix, y SCHMIDT, Verena (2019) *Negociar por un tiempo de trabajo decente: un examen de las prácticas*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- IGARTUA MIRÓ, M.^a Teresa (2018) *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2020) «Tiempo de trabajo y nuevo contexto productivo: limitación cuantitativa y promoción equilibrada de su ordenación flexible» En *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 153-199.
- LLORENS ESPADA, Julen (2020) «La conexión digital permanente como al dispositivo móvil como elemento necesario para la prestación y su repercusión en la salud de los traba-

- jadores» En Todolí Signes, Adrian; Jalil Naji, Maiedah y Llorens Espada, Julen *Riesgos Laborales Específicos del Trabajo en Plataformas digitales*. Barakaldo: Osalan, 17-37.
- MANZANO SANTAMARÍA, Noemí (2018) «NTP 1.123-Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo» Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo.
- MARÍN MALO, Mirentxu (2019) «El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales» En *Temas Laborales*, núm. 148, 161-187.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, Nora María (2011) *El régimen Jurídico de la Disponibilidad Horaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2020) *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- NOGAREDA CUIXART, Silvia, y BESTRATÉN BELLOVÍ, Manuel (2011) «NTP 916— El descanso en el trabajo: pausas» Instituto Nacional de Seguridad e Higiene.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018) *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*. Conferencia Internacional del Trabajo 107..^a Reunión, Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2019) «La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales» *Temas Laborales*, n.º 146, 121-148.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz (2013) «La ordenación del tiempo de trabajo; el caso SIMAP» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 102, 141-181.
- SIERRA HERNÁIZ, Elisa (2020) «El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales del trabajador» *Temas Laborales*, n.º 152, 115-138.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne (2019) «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica» *Lan Harremanak*, n.º 42, 50-88.

EL TECNOESTRÉS COMO FACTOR DE RIESGO PARA LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJADOR

Technostress as a risk factor for worker health and safety

OLAYA MARTÍN RODRÍGUEZ*

Universidad de UDIMA, España

RESUMEN

En este artículo se aborda cómo la implantación y generalización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el incremento de la modalidad del trabajo a distancia y del teletrabajo han provocado la aparición de nuevos riesgos laborales, como el síndrome de tecnoestrés. La razón de este nuevo síndrome se debe a la carencia de una adecuada desconexión digital lo que genera una invasión de la vida laboral en la persona. Se analizará la normativa existente en materia de teletrabajo, desconexión digital y de prevención de riesgos laborales, con el fin de determinar si dicha normativa es suficiente o se requiere una reforma legal de mayor calado como garantía de la seguridad y salud de los trabajadores ante este nuevo riesgo laboral.

Palabras clave: tecnoestrés, teletrabajo, trabajo a distancia, prevención de riesgos laborales.

ABSTRACT

This article discusses how the implementation and generalization of new information and communication technologies, as well as the increase in the modality of remote work and telework, have led to the appearance of new occupational risks, such as the technostress syndrome. The reason for this new syndrome is due to a bad digital disconnection that generates an invasion of work life in the person. The regulations on teleworking, digital disconnection and prevention of occupational risk are analyzed to determine if said regulations are sufficient or if a more profound legal reform is required to guarantee the safety and health of workers in the face of this new occupational risk.

Keywords: technostress, telework, remote work, prevention occupational risk.

* **Correspondencia a:** Olaya Martín Rodríguez. C/ Los Nogales, 11, Magan (Toledo), España. – olayamr@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-0075-9426>

Cómo citar: Martín Rodríguez, Olaya. (2020). «El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador»; *Lan Harremanak*, 44, 164-183. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22239>).

Recibido: 15 noviembre, 2020; aceptado: 30 noviembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Implicaciones de las TIC'S en el desempeño laboral

La forma de prestar servicios ha experimentado grandes transformaciones en las últimas décadas, y ello ha tenido importantes consecuencias tanto para la organización empresarial como para quienes desempeñan sus labores para la empresa. Esta realidad ha tenido, como no podía ser de otra manera, cierta repercusión en aspectos sociales, económicos y por supuesto jurídicos. Las instituciones jurídicas básicas sobre las que se construyó el Derecho del Trabajo están cambiando. El tipo de trabajo sobre el que se configuró la normativa laboral era predominantemente industrial, con unas características organizativas muy particulares. En este sentido, la relación laboral se caracterizaba fundamentalmente por existir regularidad en la duración de las jornadas laborales, y un lugar de trabajo bien identificado y definido (Yáñez, *et.al*, 2001:100). Sin embargo, observando la realidad actual en cuanto a las formas de trabajo se refiere, atisbamos que el trabajo caracterizado por las notas laborales tradicionales (artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET, BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015) se ha desvirtualizado en cierta medida. Es decir, las características en cuanto a la forma de prestar servicios tienen unos parámetros diferentes de los que dieron lugar al nacimiento del Derecho del Trabajo en el siglo xix (Goerlich, 2016:183).

Este proceso de cambio lleva unos años siendo objeto de preocupación y estudio, de ello dan cuenta el creciente número de documentos que abordan la llamada «Industria 4.0» o «Cuarta Revolución Industrial». Por citar algunos estudios de relevancia en este sentido, cabe mencionar a nivel internacional los documentos del World Economic Forum Davos; los informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) sobre Economía digital: innovación, crecimiento y prosperidad social; el Informe sobre desarrollo mundial 2016 sobre Dividendos digitales del Banco Mundial. A nivel de la Unión Europea, cabe destacar la Comunicación de la Comisión Europea sobre una estrategia para un mercado único digital en Europa; Resolución del Consejo Económico y Social (en adelante, CES) sobre digitalización, hacia un trabajo digital justo; y la Declaración de los agentes sociales europeos sobre «El partnerio digital europeo en la digitalización» (Aragón, 2016:13).

La implantación y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el mundo laboral ha alterado la manera tradicional de prestar servicios y quizás los mecanismos normativos no se han adaptado a la misma velocidad. Como se ha adelantado, bajo la forma tradicional de organización del trabajo tanto el lugar de prestación laboral como el tiempo dedicado a las labores propias del puesto estaban bien definidas e identificadas tanto para el empresario como para los propios trabajadores. Sin embargo, la conectividad permanente que nos facilita las nuevas tecnologías hace que se diluya o desvir-

túe tanto el lugar de prestación de servicios como el tiempo dedicado al trabajo. Para Aragón (2016):

Posiblemente estemos asistiendo a un nuevo paradigma económico, como lo generaron el uso masivo de la máquina de vapor y la mecanización de las actividades agrarias e industriales, la electrificación o la motorización (...). Estos cambios vayan acompañados (...) de cambios en los contenidos y tareas de los puestos de trabajo. (pág. 14).

Sin lugar a dudas, el desarrollo tecnológico en el mundo laboral tiene implicaciones positivas, como es la generalización del teletrabajo como forma de trabajo a distancia. Desde el lado del empresario, por ejemplo, permitiendo nuevos modelos de negocio, inmediatez en las comunicaciones o mejoras en la productividad y competitividad, así como la reducción de coste en las oficinas. Y, del lado del trabajador, la digitalización permite el desempeño de las funciones desde cualquier lugar con conexión a Internet, lo que facilita alcanzar una mayor conciliación de la vida laboral y familiar, mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y descansos, lo que permite cierta autoorganización, así como ahorro en costes de desplazamiento y la posibilidad de residir en áreas rurales. Pero, al mismo tiempo, la inclusión de las nuevas tecnologías en el entorno laboral ha provocado la aparición de nuevos riesgos desde el punto de vista ergonómico y psicosocial. Entre esos riesgos destaca la sobrecarga tecnológica, surgiendo así el denominado tecnoestrés debido a la conectividad digital permanente. Estos nuevos riesgos laborales hacen plantearnos en qué medida la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE n.º 269 de 10 de noviembre de 1995, en adelante LPRL) es garante de estas nuevas patologías poco habituales en antaño.

Pese a que se ha regulado normativamente el derecho a la desconexión digital y la protección de la intimidad de los trabajadores en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales (BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018), así como en el reciente Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE n.º 253, de 23 de septiembre de 2020). En este artículo se pretende poner en cuestión la actual normativa en materia de prevención de riesgos laborales por considerarse insuficientes las garantías que ofrece la LPRL respecto a los riesgos derivados de la permanente conectividad con el trabajo, concretamente sobre el tecnoestrés laboral. Trabajar a distancia y mediante la utilización de las TIC's requiere que el trabajador desarrolle unas competencias distintas al trabajo tradicional.

En esa línea, es fundamental la gestión y control del tiempo de trabajo, para lo cual el empresario tiene el deber de garantizar la desconexión y limitar el uso de los medios tecnológicos durante los periodos de descanso, así como garanti-

zar la duración máxima de la jornada y todos los límites existentes al respecto, bien normativamente o convencionalmente hablando. Según indica el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo en su página web para medir el tecnoestrés en España la Universitat Jaume I de Castellón ha desarrollado el RED-TIC para diagnosticar el tecnoestrés.

Según la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (INSHT, 2017:76) el 19% de los trabajadores ha tenido que trabajar en su tiempo libre durante el último año (11,5% varias veces al mes, 5,5% varias veces a la semana y el 2% todos los días). Trabajar durante el tiempo de descanso es más usual entre los trabajadores con jornadas largas. De hecho, el 35% de los trabajadores encuestados manifiestan que realizan además de las 40 horas semanales, cometidos laborales durante su tiempo libre. Además, el 22% de los trabajadores encuestados manifiestan tener graves dificultades para combinar trabajo y responsabilidades familiares y sociales.

De acuerdo con lo dicho, se puede afirmar que la continua disponibilidad del trabajador para solventar cuestiones laborales supone una fuente generadora de estrés, pese a que en principio se piense que las TIC's proporcionan facilidades de conciliación. Por todo lo dicho, los cambios originados por las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información en la forma de prestar servicios, requiere ciertas medidas preventivas, así como el control y la gestión del tecnoestrés por parte de las organizaciones. En los siguientes apartados se tratará de explicar los riesgos psicosociales derivados de la hiperconectividad y el uso creciente de las TIC's en el desempeño laboral, poniendo especial énfasis en la generación de nuevos síndromes laborales relacionados con su uso extenuante. Para ello se comenzará por definir su concepto, así como los tipos de tecnoestrés, desencadenantes, síntomas y consecuencias.

Obligado es relacionar la desconexión digital como medida preventiva de estas nuevas patologías de origen laboral. Para ello se hará referencia a la normativa existente al respecto, prestando especial atención a las recientes reformas legales derivadas en cierta medida de la generalización del trabajo a distancia a consecuencia de la pandemia global producida por el COVID-19. Merece especial atención la regulación convencional del derecho a la desconexión digital, pues en cierta medida la regulación legal deja en manos de esta última su concreción y determinación. También, como no podía ser de otra forma, nuestros tribunales se han manifestado en alguna ocasión sobre el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

A nivel preventivo, es esencial el reconocimiento de estos nuevos riesgos emergentes y su prevención. Por tal motivo se ha dedicado un apartado a recoger las recomendaciones preventivas relacionadas con los riesgos psicosociales y especialmente al tecnoestrés. Para su elaboración se ha prestado especial atención a las Notas de Prevención o Guías técnicas elaboradas por el Instituto Na-

cional de Seguridad y Salud en el Trabajo. También se han utilizado algunos estudios realizados por especialistas en la materia.

Por último, y como colofón a este estudio, no podía faltar el estudio del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE n.º 302, de 19 de diciembre de 2006). Al respecto se reflexiona sobre la necesidad de incluir en el catálogo de enfermedades profesionales los nuevos riesgos psicosociales emergentes derivados del desempeño laboral, especialmente el tecnoestrés como riesgo derivado del uso masivo de las TIC's en el entorno laboral. Asimismo, se hace alusión al reconocimiento jurídico de estos riesgos como verdaderos accidentes de trabajo al amparo legal del artículo 156.3 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 (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015). La consideración de accidente de trabajo por parte de nuestros tribunales deriva de la necesidad de otorgar ciertas garantías sociales y preventivas a estos riesgos emergentes, con el fin de que sean considerados como contingencias profesionales y no comunes.

2 Los riesgos psicosociales derivados de la hiperconectividad con las TIC's: tecnoestrés

Antes de profundizar en el tecnoestrés, como riesgo psicosocial es menester aludir con carácter general al estrés laboral, también conocido como síndrome *Burnout* o profesional quemado. Si nos remitimos a la definición que proporciona la Organización Mundial de la Salud (OMS) «el estrés laboral es la reacción que puede tener el individuo ante exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades, y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación». Las consecuencias de sufrir estrés laboral pueden ser desde reducir la productividad, hasta generar una mala salud física y mental al trabajador provocando el absentismo laboral. Estos riesgos están asociados directamente al entorno laboral y su desempeño en el lugar de trabajo, de manera que el estrés laboral se genera por una carga excesiva en el lugar donde se presta su cometido laboral, y además puede ocurrir que el trabajador pueda tener incluso mala relación, bien con algún superior, bien con algún compañero. De acuerdo con lo dicho, el estrés laboral se produce a consecuencia de un conjunto de situaciones ambientales o personales y la percepción por parte del trabajador que le genera estrés (Peiró, 2001:2).

Ahora más que nunca, el confinamiento y el incremento del trabajo a distancia y del teletrabajo debido a la pandemia global del COVID-19, ha provocado que la tecnología se haya instaurado en nuestra vida cotidiana como me-

canismo de trabajo. Como se ha dicho antes, esta nueva realidad ha generado bastantes ventajas, pero también algunos inconvenientes, como el ya mencionado tecnoestrés (Fernández Avilés, 2017:82). En palabras de Martínez (2015) «el tecnoestrés no conoce fronteras, la globalización es un hecho y la sociedad de la información está llegando a todos los rincones del planeta y a las sociedades más desarrolladas», por lo que se hace necesario prestar atención normativamente a este nuevo riesgo laboral, que puede desencadenarse tanto en el trabajo presencial como a distancia. De hecho, así se pone de manifiesto incluso en la propia Exposición de motivos del Real Decreto Ley 28/2020, de trabajo a distancia.

2.1. Marco conceptual

La primera vez que se acuñó el término de tecnoestrés lo hizo el psiquiatra Brod (1984) y lo definió como «una enfermedad moderna de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable». Unos años más tarde, este concepto fue revisado y ampliado por dos psicólogos estadounidenses, Weil y Rosen (1997) que lo definieron como «cualquier impacto negativo en las actitudes, pensamientos, comportamientos o psicología causados directamente o indirectamente por la tecnología». A través de la referenciada definición se cae en la cuenta de que es la tecnología la que origina un impacto negativo sobre el trabajador. Sin embargo, ambas definiciones son demasiado laxas. Por lo que tenemos que ir a la definición propiciada por Salanova (2003) que entiende textualmente el tecnoestrés como:

un estado psicológico negativo relacionado con el uso de TIC o amenaza de su uso en un futuro. Ese estado viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las TIC (Jiménez, 2010:159).

En todo caso, esta definición sólo haría referencia a una parcela reducida: la tecnoansiedad, dejando fuera otros tipos de tecnoestrés, como la tecnoadicción o tecnodependencia. Más específicamente, y de acuerdo con la definición otorgada por el Observatorio permanente de riesgos psicosociales (2008) «el tecnoestrés supone una conexión constante a las nuevas tecnologías, que puede generar fatiga, estrés y otros trastornos o patologías relacionados con su uso continuado». Es decir, este nuevo síndrome está ligado en gran medida al uso desmesurado de las tecnologías, un inadecuado descanso laboral y un entrometimiento del trabajo en el ámbito privado y viceversa, lo que conlleva a la inexistencia de una efectiva desconexión digital. Si bien, hay que precisar que el estrés generado por el uso de la tecnología, es independiente del lugar en el que se use, es decir, el tecnoestrés puede derivar tanto del trabajo presencial como a distancia.

2.2. Tipos de tecnoestrés

No es el objeto de este estudio analizar a fondo el tecnoestrés desde un punto de vista psicológico, por lo que se van a indicar unas breves pinceladas en cuanto a la tipología. Así bien, el síndrome de tecnoestrés engloba a su vez tres subtipos: tecnoadicción, tecnofatiga y tecnoansiedad. Este último, quizá puede ser el tipo de tecnoestrés más común o generalizado. Muchos trabajadores suelen desarrollar un miedo irracional hacia las nuevas tecnologías. Si nos ceñimos la definición otorgada por la Nota 730 (INSST, 2006:1), la tecnoansiedad supone que «la persona experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, y siente tensión y malestar por el uso presente o futuro de algún tipo de TIC». Por su parte, la tecnofatiga «se caracteriza por tener sentimientos negativos, como cansancio mental o agotamiento cognitivo por el uso continuado de las nuevas tecnologías, complementados también con actitudes escépticas y creencias de ineficacia con el uso de TIC's». Este tipo de tecnoestrés aparece sobre todo por la sobreexposición, y utilización excesiva y prolongada de la información. Por último, la tecnoadicción se caracteriza por el «deseo incontrolable de estar conectado a las tecnologías en todo momento y en todo lugar, y además utilizarlas durante largos periodos de tiempo». Es decir, es una dependencia patológica y obsesiva del uso de las nuevas tecnologías en todo momento (Chiappetta, 2017:359).

2.3. Desencadenantes del tecnoestrés en el entorno laboral

La implantación de las nuevas tecnologías en el desempeño laboral como se ha indicado al comienzo de esta exposición genera sin lugar a dudas ventajas para el trabajador, pero al mismo tiempo su mala gestión puede provocar estrés laboral. La preocupación por este síndrome proviene de hace algunos años. En este sentido, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo publicó en el año 2006 la llamada Nota Técnica de Prevención titulada: «NTP: 730. Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial», aunque en la actualidad podemos afirmar que se ha reavivado en mayor medida dicha preocupación. En la citada nota técnica se detallan los antecedentes o desencadenantes de dicho síndrome. De tal manera que «son las altas demandas laborales relacionadas con las TIC's, así como la falta de recursos tecnológicos o sociales relacionados con el trabajo los que generan un aumento de tecnoestrés» (NTP: 730, 2006). Sin embargo, esta nota del INSST no se adecúa en su totalidad a la nueva realidad, pues actualmente los trabajadores (o la sociedad en general) está familiarizada con el uso de las TIC's casi en su día a día, por lo que el tecnoestrés actualmente no se desencadena por lo antes dicho, sino más bien por el uso excesivo y la falta de desconexión digital.

Entre los factores psicosociales de riesgos que podrían desencadenar el uso de las TIC's podemos citar los siguientes (Manzano Santamaría, 2017:23-24):

- Alargamiento de la jornada de trabajo y realización de cometidos laborales durante los tiempos de descanso.
- Realización de cometidos laborales durante tiempos de viajes o tiempos muertos, lo que conlleva alargar la jornada de trabajo.
- Uso inadecuado de la flexibilidad laboral, que en ocasiones supone una prolongación del tiempo de trabajo, y la interferencia de la vida personal y laboral. De manera que desaparecen o se difuminan los límites de lo que se entiende tiempo de trabajo y tiempo de descanso.
- Necesidad de disponibilidad absoluta e inmediata o sensación de tener que contestar o responder, aunque sea fuera de la jornada laboral.
- Intensificación del trabajo debido a la inmediatez de respuesta con la que se trabaja a consecuencia de las TIC's. De manera que el trabajador no controla o separa los tiempos de trabajo y de descanso.
- Acumulación de tareas, o gestiones de muchas tareas que entran al correo electrónico al mismo tiempo, de manera que supone una sobrecarga laboral.
- Problemas técnicos con el uso de las TIC's, lo que genera lentitud en el desempeño de los cometidos.
- El trabajo remoto en ocasiones puede generar sensación de soledad, o sensación de despersonalización, por la escasa interacción personal tanto con compañeros como con superiores jerárquicos.

2.4. Síntomas o consecuencias

En lo referente a los síntomas provocados por el síndrome de tecnoestrés, se pueden reconocer en los momentos incipientes del desarrollo de la tecnología y la información ansiedad, fatiga mental, depresión, pesadillas. Concretamente, los trabajadores sufrían ataques de ira causados por las dificultades del uso de los programas informáticos y la gestión de ciertas averías o bloqueos que interrumpían su trabajo. Estos síntomas se asocian a los primeros años del desarrollo de las TIC's. Pero con el paso de los años se han producido ciertos cambios, tanto en tecnología como en las comunicaciones. Así pues, Internet ha pasado a convertirse en una herramienta universal de información y la tecnología digital se ha convertido en una herramienta cotidiana con la llegada de los teléfonos móviles, tabletas, wifi y televisión digital (González Cobaleda, 2015:18-19). Por lo que, el nuevo sentido del tecnoestrés se refiere más bien al síndrome de recibir gran cantidad de información, lo que genera una sobrecarga cognitiva debido a la activación excesiva de conexiones neuronales y ello produce un estado de estrés o alarma y una respuesta anormal del cuerpo por una intensa producción de adrenalina y cortisol.

Bajo esta tesitura, son comunes trastornos cardiovasculares, enfermedades psíquicas y neurológicas. Todo lo anterior puede provocar o desencadenar bajas

laborales, lo que incrementa el absentismo laboral y reduce la productividad y rendimiento de la empresa. La simple utilización de las TIC's en el desempeño laboral no debería implicar, a priori, este síndrome. Sin embargo, tras finalizar la jornada laboral, ya sea presencial o a distancia, se continúa manteniendo un vínculo virtual, a través del móvil, correo electrónico, etc. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE, 2019) el 30% de las bajas laborales en nuestro país se deben al estrés, y casi la mitad de los encuestados puntúa su nivel de estrés de 6 puntos sobre 10.

3. Derecho a la desconexión digital como medida para prevenir el tecnoestrés: regulación legal, pronunciamientos legales y manifestación colectiva

Como se ha adelantado, las TIC's y las nuevas formas de prestar servicio suponen que un número importante de trabajadores puede trabajar fuera de las instalaciones de los empresarios. Bajo esta situación, parece necesario, tal y como indica la propia Comisión Europea, un cambio de noción de «lugar de trabajo». Igualmente, estas nuevas formas no están sujetas totalmente a la determinación legal del tiempo de trabajo que se regula en el artículo 34 del ET, pues existe mayor autogestión del tiempo de trabajo, así como realización del trabajo en cualquier momento debido a la facilidad para conectarse a Internet.

Los dispositivos digitales permiten un alto grado de conectividad que hace difícil o imposible en algunos casos que los trabajadores puedan terminar su jornada laboral y desvincularse totalmente de la empresa. Para resaltar la importancia que tuvo años atrás la delimitación de la jornada laboral basta con recordar el Convenio n.º 1 sobre las horas de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) de 1919 que establecía una duración máxima de la jornada ordinaria de 8 horas al día y cuarenta y ocho horas a la semana para las empresas industriales. Igualmente, desde nuestro ámbito interno, la propia Constitución Española en su artículo 40.2 dispone que «los poderes públicos (...) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».

Por su parte, y con el fin de dar cumplimiento a este mandato constitucional el ET dedica la Sección 5.ª del Capítulo II a la regulación del tiempo de trabajo, donde se recogen las principales disposiciones legales sobre jornada ordinaria laboral máxima, descansos, horas extraordinarias y festivos. Si bien el artículo 34.1 del ET establece un límite de jornada máxima de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, deja en manos de la negociación colectiva la fijación concreta de la jornada. Además, el 34.2 del ET permite la distribución

irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año, aunque respetando en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley. Ya el art. 34.8 del ET hace mención al trabajo a distancia, pero lo hace desde un contexto que permita al trabajador conciliar o adaptar la duración y la distribución de la jornada de trabajo conciliar su vida laboral y familiar.

De acuerdo con lo manifestado, parece que la intención del legislador es permitir cierto grado de flexibilización en las jornadas de trabajo tanto del lado del empresario como del lado del trabajador, pero sin que ello perjudique la salud de los trabajadores o la productividad de las empresas. Claro, en todo caso, la regulación jurídica del tiempo de trabajo conforme a la redacción del artículo 34 del ET queda muy circunscrita a un trabajo con horario de entrada y de salida. Es decir, se establece un sistema de ordenación del tiempo de trabajo, con unas limitaciones de jornada y unos periodos mínimos de descanso. Pero, el uso constante de las TIC's en el medio laboral y las nuevas formas organizativas no se encuentran limitadas por el 34 del ET. Hay que recurrir en esos casos a las nuevas medidas para el control efectivo de la desconexión digital.

Si tenemos claro que tanto el estrés, como la fatiga y el acoso son los riesgos psicosociales más extendidos, el tecnoestrés es otro de los riesgos psicosociales que más peso va a tener en las organizaciones por el uso extensivo de las TIC's y la falta de desconexión digital. Es menester aludir a la normativa nacional que puede resultar de aplicación para la prevención de los riesgos psicosociales, y en particular del tecnoestrés. En primer lugar, cabe hacer referencia al Capítulo III de la LPRL cuyas obligaciones contenidas son directamente aplicables a los riesgos psicosociales. Igualmente, el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE n.º 27, de 31 de enero de 1997) contiene en la Sección 1.ª del Capítulo II, la evaluación de riesgos, entre ellos, como no, tiene cabida los riesgos psicosociales; y también, el Anexo VI hace alusión a los factores psicosociales, estrés y otros problemas psicosociales.

Por su parte, en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y garantías de los Derechos digitales (BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018) se reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital en el marco del ámbito laboral, si bien no deja de ser una declaración intenciones que deja en manos de la negociación colectiva el proceso de implementación. Tampoco consta en dicho Título una delimitación conceptual, ni la concreción de herramientas para su efectiva aplicación o incluso el establecimiento de sanciones en el supuesto de infracción. Este derecho se incorporó al Estatuto de los Trabajadores a través del nuevo artículo 20 bis, que explícitamente reconoce que los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital. Sin embargo, quizá hubiera sido más conveniente incluirlo dentro de la Sección 5.ª, del Capítulo II del ET, dedicado a la regulación del «Tiempo de

trabajo», o incluso dentro del Capítulo III de la LPRL que se dedica a la regulación de los «Derechos y obligaciones».

Recientemente, el Real Decreto Ley 28/2020, ha hecho referencia al derecho a la desconexión digital dentro del contexto del trabajo a distancia. Es indudable que la desconexión digital se debe garantizar en todos los casos, pero especialmente en el trabajo a distancia, ya que la forma de ejecutar la actividad laboral hace que se produzcan excesos en la prolongación de la jornada, lo que impide el disfrute de los descansos mínimos necesario e imposibilitan la conciliación de la vida personal y familiar, lo que incrementa el riesgo de sufrir tecnoestrés relacionados con esta circunstancia.

Pues bien, la regulación que establece el citado real decreto ley en relación al derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia, no transciende de lo ya indicado en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018. Es más, el Real Decreto Ley 28/2020 viene a transcribir el apartado 3 del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018. En cambio, lo que sí incorpora el Real Decreto Ley 28/2020 es el deber que tiene el empresario de garantizar la desconexión digital y ese deber empresarial se concreta en dos actuaciones por parte de la empresa, que se podrán ordenar a través de la negociación colectiva o por acuerdo de empresa:

- Actuaciones destinadas a acotar el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los tiempos de descanso.
- Actuaciones tendentes a acotar el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo, con el fin de respetar la duración máxima de la jornada de trabajo.

Por otro lado, parece que la regulación del derecho a la desconexión digital se circunscribe a los trabajadores que realizan trabajo a distancia, obviando, por ejemplo, que esa hiperconectividad laboral también existe en los trabajos presenciales. Es preciso señalar también que el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral se encuentra estrechamente relacionado con la obligación de registro de jornada, que es una de las medidas del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE n.º 61, de 12 de marzo) que modifica el artículo 34 del ET incluyendo la obligación de las empresas de registrar el horario de inicio y fin de la jornada de trabajo de sus plantillas, para garantizar, entre otras cuestiones, que se respete el tiempo de descanso y que no se prolonguen las jornadas y queden registradas debidamente las horas extraordinarias.

Pese a lo dicho, la regulación del derecho a la desconexión digital parece, como ya se ha dicho, un tanto genérica y no se especifican las posibles responsa-

bilidades del empresario en caso de incumplimiento (Pérez Amorós, 2020:267). Si bien algún autor señala que el incumplimiento empresarial sobre la desconexión digital podría tener cabida bajo el artículo 7.5 de la LISOS (transgresión del tiempo de trabajo); artículo 8.11 de la LISOS (actos del empresario contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida de la dignidad de los trabajadores) o; artículo 12.1 de la LISOS referente a la evaluación de riesgos o la realización de las actividades de prevención que hicieran necesario los resultados de las evaluaciones (Igartua Miró, 2019:73).

La regulación anterior parece que deja más bien en manos de la negociación colectiva su concreción e implementación (Talens Visconti, 2018:1-17). En palabras de Baylos Grau (2019) «se trata de un derecho cuya realización está plenamente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo o acuerdo informal de empresa, (...) pacto extraestatutario y cualquier otra manifestación de autonomía colectiva» (p. 11). En este sentido, son conocidos algunos convenios colectivos, o normas internas de las empresas que han incorporado de manera temprana medidas o acciones tendentes a tener en consideración el derecho a la desconexión digital. Por citar algunos de ellos:

- Convenio Colectivo de la ONCE¹. En su Anexo Tercero, apartado B, número 5 señala expresamente que:

Las Partes valorarán, como medida que promueve la efectiva conciliación d la vida personal, laboral y familiar, la denominada desconexión digital aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tabletas con conexión de datos y ordenadores, compartiendo que su utilización no ha de ser motivo ni argumento para la extensión de la jornada laboral, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de los trabajadores.

- Posicionamiento del grupo Telefónica en relación con el derecho de los empleados a la desconexión digital en el ámbito laboral (Telefónica, 2018)². Dicho documento se firmó en noviembre de 2018 y pone en marcha medidas tendentes a la desconexión de sus trabajadores de manera que creen hábitos saludables. Ponen en relevancia la importancia de no confundir los ámbitos de la vida personal y profesional, y garantizar una adecuada delimitación entre tiempo de trabajo y el de descanso. Para lo dicho emplean acciones de sensibilización, a todos los niveles de la organización, sobre el buen uso de las tecnologías, y promueven la gestión

¹ Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal. (Código de convenio n.º 9003912011984). BOE n.º 16, de 18 de enero.

² Recuperado de: <https://www.telefonica.com/documents/23283/144278198/posicionamiento-global-desconexion-digital.pdf/b6a5a6cb-1678-9677-107d-96b863741ee4?version=1.0> (última fecha de consulta el 13 de noviembre de 2020).

inteligente de las mismas. En definitiva, tienden a reconocer el derecho a la desconexión digital como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada y familiar y, en definitiva, de la calidad de vida y salud de los trabajadores. Además, de las acciones de sensibilización/formación, pretenden informar a los trabajadores de los riesgos, desafíos y buenas prácticas relacionadas con el uso de las herramientas digitales.

- Convenio Colectivo de Repsol³. En su artículo 14.9 bajo la denominación «Principios del derecho a la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo», establece que «(...) la Mesa de Igualdad del acuerdo marco analizará en el seno de la empresa esta materia e identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación».
- Acuerdo Interprofesional de Cataluña⁴. Dispone una cláusula para que los convenios sectoriales tengan en cuenta que las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, hecho que implica no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos.
- Convenio colectivo del Grupo AXA⁵. Dedicar un precepto a la desconexión digital, en el que viene a reconocer «el derecho de los trabajadores a no responder a los mail o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales».
- Acuerdo del Banco Santander, Banco Popular y Banco Pastor⁶. En el Anexo IV, dedicado a los criterios para la ordenación racional del tiempo de trabajo establece expresamente:

el derecho de los profesionales para no responder a email o mensajes profesionales fuera de sus horarios de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.

³ Resolución de 6 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio Colectivo de Repsol. (Código de convenio n.º 90016442012007). Boletín Oficial del Estado n.º 172, de 17 de julio).

⁴ Resolución de 4 de septiembre de 2018, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (Código de convenio n.º 79100065092016). Diario Oficial de Cataluña n.º 7702, de 7 de septiembre de 2018.

⁵ Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo AXA 2017-2020 (Código de convenio n.º 90006353011984). Boletín Oficial del Estado n.º 244, de 10 de octubre de 2017.

⁶ Acuerdo laboral en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santander, SA., Banco Popular SA. y Banco Pastor, SA., alcanzado entre la dirección de las entidades y la representación social. Disponible en: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/santander/Acuerdo%20Homologaci%C3%B3n%20de%20junio%20de%202018%20marca%20de%20agua.pdf> (última consulta 14 de noviembre de 2020).

- Acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica⁷. En su artículo 13 se reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital y al respecto dispone que «los trabajadores tienen derecho a no responder a cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor.
- Acuerdo BBVA sobre registro de jornada y desconexión digital de 255 de septiembre de 2019⁸. En la primera de las medidas que regula menciona expresamente que:

Con el fin de promover un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral, las personas trabajadoras tendrán derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurran excepciones justificadas que supongan un grave o evidente perjuicio empresarial, cuya urgencia temporal necesite de una respuesta inmediata. En dichos supuestos, se deberá contactar previamente con la persona trabajadora para comunicarle la causa de urgencia que motiva dicha situación. De esta forma, el tiempo de trabajo así requerido se calificará como tiempo de trabajo efectivo a efectos de la posible consideración como prolongación de jornada.

En cualquier caso, la regulación a través de los documentos antes citados parece más bien una declaración de intenciones y no efectivamente unas garantías o derechos de los trabajadores. Es decir, las citadas prerrogativas no se entienden como un verdadero deber de los empresarios puesto que no se estipulan las posibles consecuencias de su incumplimiento. No existen al respecto unas fórmulas determinadas para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital.

Los tribunales también se han manifestado en alguna ocasión. Es un referente en este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 1997 (Rec. 120/1997) en la que se califica como ilegal el hecho de que la empresa obligue a sus trabajadores a estar siempre localizables, porque de hacerlo así se incumplen las facultades normales de la empresa en los términos recogidos en el artículo 20 del ET. En esta línea, se volvió a pronunciar el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de septiembre de 2015 (Rec. 4086/2015) que, tras analizar una cláusula de un contrato laboral se establecía que «las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electró-

⁷ Recuperado de: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/comercio/Acuerdo-horario-ikea.pdf> (última fecha de consulta 14 de noviembre de 2020).

⁸ Disponible en <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20190925-ACUERDO-BBVA-REGISTRO-DE-JORNADA-DESCONEXION-DIGITAL.pdf> (última fecha de consulta 14 de noviembre de 2020).

nico según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto». Se trata en este caso de una cláusula abusiva y por lo tanto nula.

Estos pronunciamientos judiciales ponen de manifiesto que el problema no es nuevo, pues los avances de la tecnología, requerían una respuesta del marco normativo. Pese a los pronunciamientos judiciales aludidos, hay que decir que la litigiosidad respecto al derecho de desconexión digital, no es demasiado abundante.

4. Recomendaciones preventivas frente al tecnoestrés laboral

Desde la Agencia Europea el tecnoestrés puede considerarse como un riesgo emergente que debe tenerse en cuenta a la hora de implementarse en el puesto de trabajo. Para las organizaciones es primordial conocer las estrategias de prevención-intervención, así como conocer sus protocolos de evaluación y diagnóstico. Para ello es de gran utilidad la Nota Técnica de Prevención n.º 730, 21.ª Serie (Salanova, Llorens, Cifre y Nogareda, 2007), y la Guía de Tecnoestrés (Llorens, Salanova y Ventura, 2011), y más recientemente, la Nota Técnica de Prevención n.º 1123 relativa a las tecnologías de la Información y Comunicación: factores de riesgos psicosociales asociados a las nuevas formas de organización del trabajo (Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, 2018) entre otros. Sin embargo, parece que las medidas preventivas más bien están confeccionadas para la forma tradicional de prestar servicios, es decir, para la sociedad industrial, pero no tanto para las nuevas formas de trabajo caracterizados por el uso de las tecnologías donde existe mayor flexibilidad espacio-temporal.

Adoptar medidas para regular el tecnoestrés resulta de gran importancia para reducir así las consecuencias negativas sobre la persona del trabajador como en la empresa. Para ello y en consonancia con el artículo 14 de la LPRL el empresario debe integrar la actividad preventiva en la empresa y adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Para ello deberá elaborar un plan de prevención de riesgos laborales, evaluaciones de riesgos, así como información y formación de los trabajadores. En este sentido, hay que revisar las áreas y factores que pueden incidir o provocar tecnoestrés. Es muy importante que las empresas realicen actividades de formación y sensibilización, pero además resulta crucial realizar actuaciones individuales. A modo de ejemplo, se podrían incluir en el plan de prevención de riesgos, las siguientes medidas:

- Formación e información sobre la utilización adecuada y responsable de las nuevas TIC's en el entorno laboral, así como sobre la buena gestión del tiempo de trabajo y la efectiva desconexión digital. Es decir, la flexibilidad en la organización temporal del trabajo no tiene que implicar una prolon-

- gación de la jornada laboral. En este sentido, puede ser recomendable enseñar al trabajador a planificar el trabajo a realizar, así como el tiempo de dedicación y el plazo para finalizar dichas tareas (INSSBT⁹, 2018:2-3).
- Concretar y garantizar la efectiva desconexión digital fuera del horario laboral. De modo que se limite su uso a un horario determinado y prefijado. Para ello, si resulta necesario se pueden implementar medidas de desconexión forzadas de los dispositivos electrónicos, favoreciendo así los efectivos tiempos de descanso (INSSBT, 2018:2-3).
 - Fomentar un tiempo libre sin uso de las TIC's (INSSBT, 2018:2-3).
 - Fomentar los vínculos o relaciones interpersonales, relegando a un segundo plano la comunicación a través de correos electrónicos o llamadas telefónicas (INSSBT, 2018:2-3)
 - Redactar un documento de buenas prácticas para el uso de las TIC's en el trabajo y una adecuada gestión del correo electrónico, con el fin de evitar interrupciones y pérdida de tiempo de trabajo efectivo, sensación inmediatez en las respuestas (INSSBT, 2018:2-3).

5. ¿Podría tener cabida el tecnoestrés dentro del cuadro de enfermedades profesionales?

La normativa existente no contempla el tecnoestrés como una posible contingencia de origen profesional dentro del cuadro de enfermedades profesionales. Es decir, el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE n.º 302, de 19 de diciembre de 2006) no reconoce el tecnoestrés dentro del Anexo 1 en el que especifica el cuadro de enfermedades profesionales. Son los tribunales los que suelen considerar este nuevo síndrome como una contingencia de origen profesional y no común, cuando se vincula de modo prevalente al ámbito laboral. El número de pronunciamientos judiciales que consideran las patologías de origen psicosocial como accidente de trabajo es realmente significativo y ello se debe a que los jueces aprecian un nexo de causalidad en tiempo y lugar entre los daños psicológicos o físicos y la relación laboral, tal y como requiere el artículo 156.3 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 (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, en adelante LGSS). La opción de recurrir al artículo 156.3 de la LGSS se debe a que es más sencillo la presunción de laboralidad del citado precepto que del artículo 156.2 e) de la LGSS. Pues en este último caso el trabajador tiene que demostrar ante la au-

⁹ Actual denominación INSST.

toridad judicial que el daño tiene su origen exclusivo en la prestación laboral para que su dolencia pueda ser reconducida a la categoría de enfermedad de trabajo y, además, la actividad probatoria es de extremada complejidad (Montoya Melgar, 2008:751-768)

En este sentido, no han sido pocos los autores que reclaman la inclusión de los riesgos psicosociales dentro del listado de enfermedades profesionales como medida ante la falta de tratamiento jurídico de este tipo de riesgos (Molina Navarrete, 2001: 23-24). Sería por tanto conveniente la actualización e inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales las enfermedades derivadas de los riesgos psicosociales que puede provocar el desempeño laboral. Son muchas las nuevas enfermedades profesionales que se producen a consecuencia del desempeño laboral y específicamente por el estrés que provoca. Según el Segundo Informe Randstat sobre Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince (2004) «el actual sistema de trabajo que impera en muchas empresas está provocando enfermedades que, aunque no están reconocidas como profesionales, sí están relacionadas con el trabajo y especialmente con el estrés que éste provoca» (p. 63).

La Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista de enfermedades profesionales (DOCE L 238, de 25 de septiembre) instó la adecuación de la lista de enfermedades profesionales y fue el origen del nuevo Real Decreto 1299/2006. Dicha Recomendación comunitaria aconsejaba a los Estados miembros que promoviesen «la investigación de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional, en particular para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo», pero no ocurrió así. Hasta el día de hoy, nuestro ordenamiento jurídico opta por mantener un concepto generalista del accidente de trabajo que comprende «cualquier patología que, al margen de su origen, se causara o se manifestara de modo singular en la relación laboral» (Molina Navarrete, 2001:1554), como es el caso de los riesgos psicosociales y concretamente del tecnoestrés.

La no inclusión de los riesgos psicosociales dentro del cuadro de enfermedades profesionales repercute directamente sobre el tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales, tanto en lo relativo a su prevención como a la protección de las contingencias ocasionadas. Es decir, su incorporación dentro del cuadro de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006 otorgaría a los riesgos psicosociales una consideración directa de riesgo derivado directamente del trabajo y, existiría responsabilidad empresarial en materia preventiva. Sin embargo, la no inclusión dentro del cuadro de enfermedades profesionales del citado real decreto, obliga a que dichos riesgos sean tratados como ya se ha dicho como accidentes de trabajo al amparo del artículo 156.3 de la LGSS.

Por todo lo dicho, lo aconsejable, tal y como opina un sector importante de la doctrina científica, sería la actualización del catálogo de enfermedades profesionales y la inclusión de los riesgos psicosociales como nuevos riesgos emergen-

tes de las nuevas formas de organización del trabajo (Rojas Rivero, 2005:97). Igualmente, y en relación con la protección social, la no inclusión de los riesgos psicosociales dentro del catálogo de enfermedades profesionales supone que dichos riesgos emergentes no se benefician de la consideración de enfermedad profesional. La doctrina científica insiste en que la noción actual de enfermedad profesional tiene carácter eminentemente restrictivo y no deja margen para encuadrar los riesgos psicosociales en esta figura, lo que obliga a su tratamiento como accidente de trabajo.

De acuerdo con lo dicho en este apartado, es evidente la necesidad de ampliar e incorporar al cuadro de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006 los riesgos psicosociales derivados de la prestación laboral, en tanto en cuanto que se trata de nuevas patologías derivadas de la evolución de la organización del trabajo y de los modos de producción, así como del desarrollo de las TIC's.

6. Consideraciones finales

Resulta incuestionable que estamos viviendo cambios en la forma de prestar nuestros cometidos laborales. La forma tradicional de prestar servicios en una sociedad eminentemente industrial y la regulación legal existente para dicha modalidad no se adecúa a las nuevas formas de organizar el trabajo favorecido por el uso de las TIC's. Esta nueva realidad laboral obliga a diseñar nuevos paradigmas legales en los que tenga cabida los nuevos riesgos emergentes derivados del uso y generalización de las TIC's en el entorno laboral.

Si bien es cierto que recientemente se han abordado algunas reformas legales en torno a la regulación de la desconexión digital y el trabajo a distancia, ello no ha venido acompañado de cambios en la LPRL para prevenir nuevos riesgos derivados de las nuevas formas de prestar trabajo, ni tampoco se han producido modificaciones en el cuadro de enfermedades profesionales regulado por el Real Decreto 1299/2006, instaurando la incorporación de los riesgos psicosociales como verdaderas enfermedades profesionales con la protección social y las garantías preventivas que ello genera. Ello en la práctica y como se ha visto en el apartado anterior, obliga a nuestros tribunales para otorgar protección y garantías sociales a los trabajadores, calificar como accidentes de trabajo esas nuevas patologías derivadas de los riesgos psicosociales.

Conforme a lo ya manifestado y para no caer en la reiteración, se propone la modificación e inclusión de los riesgos psicosociales en el actual del catálogo de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006, así como un régimen sancionador para aquellas empresas que no desarrollen verdaderas medidas preventivas para reducir el riesgo o en su caso eliminarlo.

7. Bibliografía

- ARAGÓN, Jorge (2016) «Notas sobre ¿Una nueva revolución industrial? Economía digital y trabajo», *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, 27, 11-22.
- 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 & Law Issues*, 5 (1), 1-14.
- BROD, Craig (1984) *Technostress: The human Cost of the Computer Revolution*. Addison Wesley Publishing Company.
- CHIAPPETTA, Marta (2017) «The Technostress: definitions, symptoms and risk prevention» *Senses Science*, 4 (1), 358-361.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio (2017) «NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora» *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 69-101.
- GOERLICH PESET, José María (2016) «Repensar el Derecho del Trabajo. Cambios tecnológicos y empleo» *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, 27, 173-190.
- GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (2015) «Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente» *Centro de Estudios Financieros- Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios y casos prácticos*, 387, 17-42.
- IGARTUA MIRÓ, María 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» *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios y casos prácticos: recursos humanos*, 432, 63-87.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (2017) *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, 6.^a. Madrid: INSHT.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD, SALUD Y BIENESTAR EN EL TRABAJO. (2018). *Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosociales asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*. NTP 1123. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf/acb83bc7-e6d5-4ffa-ab7c-f05e68079ffb> (última fecha de consulta 14 de noviembre de 2020).
- JIMÉNEZ, Ana Laura (2010) «Tecnología como fuente de estrés: una revisión teórica al concepto de tecnoestrés» *Temas de Comunicación*, 21, 158-180.
- MANZANO SANTAMARÍA, Noemí (2017) «Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y nuevas formas de organización del trabajo: Análisis psicosocial» *Seguridad y Salud en el trabajo*, 92, 22-35.
- MARTÍNEZ, Carlos (2015) «El tecnoestrés, la enfermedad del futuro que afecta la salud y productividad de los empleados» *Revista Dinero*. Recuperado de: www.dinero.com/empresas/articulo/el-tecnoestres-enfermedad-del-futuro-afecta-salud-productividad-empleados/213880 (última fecha de consulta el 9 de noviembre de 2020).
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2001) «Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing). Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 23 de julio de 2001», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7, 1553-1571.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2017) «Jornada laboral y tecnologías de la infor-comunicación: Desconexión digital, garantía del derecho al descanso» *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 138, 249-283.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2008) «El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico. *Revista Española de Derecho del Trabajo*», 140, 751-768.

- OBSERVATORIO PERMANENTE DE RIESGOS PSICOSOCIALES (2008). *Tecnoestrés: efecto sobre la salud y prevención*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT.
- OBSERVATORIO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES UGT. (2013). Riesgos Psicosociales. Tecnoestrés I. *Ficha de prevención*, 30.
- PEIRÓ, José María (2001) «El estrés laboral: una perspectiva laboral y colectiva» *Prevención, Trabajo y Salud*, 13, 1-12.
- PÉREZ AMORÓS, Francisco (2020) «Derechos de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday» *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Nueva Época*, 14 (45), 257-275.
- ROJAS RIVERO, Gloria Pilar (2005). *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*. Albacete: Bomarzo.
- SALANOVA, Marisa (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. *Revista de Psicología del trabajo y de las Organizaciones*, 19, 225-247.
- SALANOVA, Marisa, LLORENS, Susana & CIFRE, Eva (2004). Tecnoestrés, concepto, medida e intervención psicosocial. En *Notas técnicas de prevención*. 730. INSHT.
- TALENS VISCONTI, Eduardo (2018) «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación, *Información Laboral*, 4, 1-17.
- YÁÑEZ, Sonia, MEDEL, Julia, DÍAZ, Ximena (2001). «La relación laboral normal: ¿desarticulación o modificación?» *Proposiciones: El trabajo en Chile: aportes desde la investigación*, 32, 100-118.

EL MODELO DE DERECHO DE PARTICIPACIÓN, LA PROTECCIÓN EFICAZ EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y SUS VÍAS DE REPARACIÓN: LA CULTURA DE LA PARTICIPACIÓN Y LA CULTURA DE LA PREVENCIÓN EN CLAVE DE RESPONSABILIDAD

The model of right of participation, the effective protection in matters of security and health in the job and its ways of reparation: the culture of the participation and the culture in the prevention in terms of responsibility

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO*

Universidad de Granada, España

RESUMEN

Es el empresario el sujeto obligado a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Partiendo de esta afirmación, en este texto, por un lado, nos referimos al derecho de participación de los trabajadores y, por otro, la que en la práctica parece ser la cultura de prevención más eficiente: la responsabilidad administrativa, penal, civil y de Seguridad Social. Todo lo anterior, en plena vinculación con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Palabras clave: prevención, cultura, participación, consulta, responsabilidad.

ABSTRACT

The employer is the person who is compelled to guarantee the security and health of his/her employees in all respects related to the job. On the basis of this statement, in this text, on one hand, we refer to the right of participation of employees and, on the other hand, we refer to the culture of the prevention that seems to be the most efficient in practice: the administrative, criminal, civil and Social Security responsibility. All the above, in full link to the Law of Labour Risk Prevention.

Keywords: prevention, culture, participation, consultation, responsibility.

* **Correspondencia a:** Pompeyo Gabriel Ortega Lozano. C/Gran Vía de Colón, núm. 42, 4.º B, Granada (Andalucía), España. – portega@ugr.es – <https://orcid.org/0000-0001-9880-4231>

Cómo citar: Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2020). «El modelo de derecho de participación, la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y sus vías de reparación: la cultura de la participación y la cultura de la prevención en clave de responsabilidad»; *Lan Harremanak*, 44, 184-217. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22160>).

Recibido: 20 octubre, 2020; aceptado: 22 noviembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Negociación colectiva, derecho de participación y responsabilidad en la prevención de riesgos laborales

La propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, la Ley o LPRL) se refiere, de forma detallada, a los derechos de consulta y participación de los trabajadores en aquellas cuestiones que pudieran afectar a la seguridad y a la salud en el trabajo. Partiendo del propio sistema vigente en nuestro país, la citada Ley viene a atribuir la facultad de los derechos de participación a los denominados «Delegados de Prevención», elegidos por y entre los representantes del personal en el ámbito de los respectivos órganos de representación. Se atribuye así el ejercicio de las funciones especializadas en materia de prevención de riesgos en el trabajo, otorgándose (para dicha finalidad) competencias, facultades y garantías necesarias para el correcto desarrollo de esta negociación. Junto a los Delegados de Prevención, localizamos también el denominado Comité de Seguridad y Salud, continuando así la experiencia de actuación de una figura arraigada y tradicional de nuestro ordenamiento laboral, configurándose como aquel órgano de encuentro y participación entre los representantes y el empresario para el desarrollo de una participación equilibrada en materia de prevención de riesgos. Todo lo anterior, sin perjuicio de las posibilidades que otorga la propia Ley a la negociación colectiva para articular de manera diferente los instrumentos de participación de los trabajadores, incluso desde el establecimiento de ámbitos de actuación distintos a los propios del centro de trabajo, recogiendo con ello diferentes experiencias positivas de regulación convencional cuya vigencia, plenamente compatible con los objetivos de la LPRL, se salvaguarda a través de la disposición transitoria primera referida a la aplicación de disposiciones más favorables.

Asimismo, especial mención merece los principios que engloban esta ley, entre los que destacan el principio de eficacia, el principio de coordinación y, por supuesto, el principio de participación, ordenándose así tanto las actuaciones de las diversas Administraciones Públicas con competencias en materia preventiva, como la participación necesaria en dicha actuación de empresarios y trabajadores (a través de sus organizaciones representativas), destacándose aquí la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, configurado como instrumento privilegiado de participación en la formulación y desarrollo de la política en materia preventiva. No obstante, sin perjuicio de todo lo anterior, con la finalidad de crear y fomentar lo que vino a denominarse una «auténtica cultura preventiva», la propia ley involucra directamente a la sociedad en su conjunto, lo que quizás debería recordarse y difundirse dada la situación excepcional de crisis sanitaria que nos encontramos atravesando.

Sin perjuicio de lo comentado, con el afán de imposición de una verdadera cultura preventiva, en plena vinculación con la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, localizamos cuatro tipos de responsabilidades

con las que poder generar un temor real para el obligatorio cumplimiento de la normativa (tanto desde la perspectiva empresarial como desde la perspectiva del trabajador) (Montoya, 2004): la responsabilidad administrativa (responsabilidad pública); la responsabilidad penal (responsabilidad pública); la responsabilidad civil (responsabilidad privada); y las responsabilidades de Seguridad Social (nos referiremos especialmente a la responsabilidad de naturaleza compleja) (Monereo, 1992: 89). En estas cuatro responsabilidades se parte de un presupuesto inexcusable: el incumplimiento por acción o por omisión (Valdeolivas, 2012: 21 y 22).

El artículo 14 de la LPRL, viene a imponer, tanto al empresario como al trabajador, una serie de obligaciones con las que garantizar la seguridad y la salud en el trabajo (Ortega y Guindo, 2020: 89). La transgresión de la protección de ambos frente a los riesgos laborales implicará un incumplimiento de la normativa, ya sea por acción o por omisión. Este precepto viene a confirmar que todos los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud que viene a ser correlativo al deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Asimismo, este deber u obligación del empresario también es transportable al ámbito de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio. Continúa el precepto confirmando que los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, tal como veremos a lo largo del desarrollo de este texto, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En cumplimiento del deber de protección, es el empresario quién deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa (cultura de prevención) y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con determinadas especialidades que habrán de tenerse en cuenta en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos de los servicios de prevención (capítulo IV) de la LPRL.

Es por ello que el empresario deberá desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes; asimismo, el em-

presario deberá de disponer de lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo. Por otro lado, todas las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención vendrán a complementar las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona (García, 2020: 543 y siguientes). Asimismo, el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores.

Así, en la propia normativa de prevención podemos localizar un elenco de obligaciones de obligado cumplimiento como antesala de la «cultura preventiva». Sin embargo, avanzando algo más, parece ser que la verdadera cultura de prevención por incumplimiento del empresario se localiza en el complejo sistema de responsabilidades existentes. En este sistema se recoge un modelo de responsabilidad mixta (como veremos a lo largo del desarrollo de este texto): el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento (artículo 42 de la LPRL); sin olvidar el recargo de prestaciones como supuesto especial de responsabilidad de Seguridad Social.

2. El recorrido del derecho de participación en la empresa: de la participación general de los trabajadores en la empresa al modelo de participación en la cultura de la prevención de riesgos laborales

El «objeto» o ámbito de la participación es la «empresa» como organización de una actividad económica determinada (Monereo, 2017: 796 y siguientes). La empresa, como se indicó, está en un proceso de permanente reestructuración desde todas sus perspectivas (Monereo y Ortega, 2020: 386 y siguientes). Las compañías transnacionales sufren transformaciones de enorme complejidad con gran rapidez. Estas ya no son las tradicionales empresas multinacionales con estructuras decisorias rígidamente jerarquizadas, sino más flexibles y relativamente descentralizadas, de orden esencialmente «multidivisional». Esto les dota de una singular capacidad de adaptación a las variaciones del mercado, verificando las nuevas tendencias y adecuando a ello el sistema de producción. Para ello se organiza a través de unidades o divisiones empresariales articuladas por el eje de un centro de decisión unitaria, pero fluido. Esta metamorfosis de la empresa

transnacional ha sido facilitada por la progresión de las nuevas tecnologías en el marco de la «sociedad de la información». Las empresas transnacionales (pero también las nacionales) tienden a adoptar estructuras cada vez más descentralizadas en las cuales prevalece, sin embargo, diversas formas de relación de colaboración interempresarial, formando redes de colaboración; lo que da lugar a una multiplicidad de formas de vinculación horizontal y vertical entre las empresas, en paralelo con las transformaciones de los procesos de producción y comercialización de los productos. Se forman «redes» flexibles entre las diversas unidades productivas. Su relación de base es la «especialización flexible» de la producción, dando lugar a la formación de plantas industriales preparadas para responder rápidamente a las variables exigencias de los mercados. Este modelo flexible de organización de la producción es el propio del modelo postfordista como paradigma organizativo y técnico-industrial emergente.

Normalmente se tiende a una reducción formal de la dimensión de la empresa, pero existe un alto grado de integración o colaboración entre las distintas unidades productivas (relativamente) autónomas que están implicadas en los nuevos complejos empresariales. En el lado «interno» a la empresa (esto es, desde el punto de vista de su estructura interior y de los elementos que están integrados en ella), el modelo posfordista produce un cambio en el rol productivo del trabajo humano basado ahora en maximizar la autonomía y la creatividad de los operadores. Este modelo se basa precisamente en la mayor participación de los trabajadores en la delimitación del trabajo, en los métodos de producción y en los flujos de producción en atención a las variaciones del mercado.

La participación exigida (desde una perspectiva sociológica y vinculada a indicadores de participación y a las principales características de gestión preventiva y sociodemográficas, véase Payá y Beneyto, 2018; Payá y Beneyto, 2019) es, sin embargo, concebida como elemento estrictamente funcional a la rentabilidad y no en los términos de la democracia industrial como instrumentación de mecanismos encaminados a compartir y distribuir el poder en las organizaciones empresariales. Desde el punto de vista de la participación «funcional» o instrumental (presidida por la racionalidad instrumental), la participación comporta la utilización de tecnologías sociales (de «ingeniería social», diría Roscoe Pound) dirigidas a transformar y moderar los comportamientos conflictivos de los trabajadores para conseguir la cooperación y la aceptación de las decisiones empresariales en elaboración del orden en la producción. Es decir, sirve funcionalmente como medio adecuado para fomentar la cooperación y la integración de los agentes, expandiendo el control directivo sobre relaciones de poder en las organizaciones empresariales. En este enfoque funcionalista la participación es percibida y practicada no tanto como un derecho democratizador (incluido en la noción de ciudadanía industrial) como una útil facultad instrumental al servicio de la dirección del complejo empresarial que se encamina esencialmente al mayor rendimiento y competitividad de la organización productiva.

Por contraposición a la concepción de la participación como mera técnica instrumental directiva, se sitúa las concepciones que se vinculan a la democracia industrial, donde la razón de la eficiencia productiva se combina con la pretensión explícita de transformar los equilibrios de poder en el proceso de toma de decisiones empresariales, y la mayor intervención de los trabajadores en el proceso de trabajo. Se trataría de cambiar las tradiciones relaciones jerarquizadas y asimétricas entre dirección y trabajador, en el marco de un proceso de democratización, yendo más allá de una simple modernización de los modos y dispositivos en virtud de los cuales se facilitarían el ejercicio del poder unilateral de la dirección. No se trataría de obtener sólo un orden y consentimiento en la producción; sino de hacer partícipes a los trabajadores de la marcha de la empresa participando activamente en el poder de decisión. De este modo, los mecanismos de participación en la lógica de la democratización de las organizaciones empresariales no serían meras tecnologías sociales que persiguen garantizar al máximo la motivación e integración de los trabajadores y legitimar las decisiones de la empresa, sin que la participación sea co-participar en el poder decisorio. El modelo de participación orientado hacia la democracia industrial persigue, pues, una más equilibrada distribución de la autoridad entre el capital y el trabajo en la organización empresarial. Una forma de gestión participativa que trataría de realizar los valores de la democracia en la empresa, sin limitarse (pero tampoco sin ignorar) a justificar o legitimar las prerrogativas de la dirección: no sería un simple medio para alcanzar objetivos satisfactorios en el campo de la producción en términos de calidad. En ese marco puede considerarse una expansión consecuencia de la democracia la vinculación del trabajo en la gestión de la empresa y del proceso productivo (Monereo y Ortega, 2020: 386 y siguientes).

Resulta, así, que la participación de los trabajadores es una noción polisémica que presenta una multiplicidad de contenidos y versiones sobre su alcance y sobre los dispositivos que han de ser puestos en práctica. Por ello el modelo de participación depende de la conformación del propio modelo de relaciones industriales, porque en atención a éste se podrá apreciar los objetivos a perseguir por las políticas de participación en la dirección de la empresa. Por otra parte, los nuevos modelos productivos y la posible descentralización de la producción, viene acompañada de una mayor integración financiera (no contrarrestada por las formas de participación financiera colectiva o individualizada), al propio tiempo que la reducción de la dimensión de las fábricas se hace compatible con la mayor dimensión de las empresas como organizaciones de la actividad económica. La «navaja analítica» aplicada a la conformación actual de las empresas más innovadoras evidencia esa tendencia emergente. El sistema de producción flexible permite una rápida y mejor adaptación de la producción a la demanda, un alto potencial de innovación, una reducción de trabajadores «internos» y, en fin, sistemas de control basados en redes descentralizadas. Estas nuevas formas de organización y colaboración empresarial utilizan renovadas formas y reglas jurídicas.

En el nuevo derecho de la producción se utilizan las formas jurídicas tradicionales, pero en la creación de un espacio jurídico transnacional interviene de forma decisiva el establecimiento de una red de acuerdos formales e informales celebrados entre compañías y cadenas de empresas. Junto a las formas jurídicas del Derecho Interestatal se acrecienta el peso de la tradicional *Lex Mercatoria* (Monereo, 2017b: 77), en virtud de la cual las empresas transnacionales se autorregulan eludiendo interferencias de los Estados nacionales. El derecho de la producción resultante es el que asume una posición central y es capaz de determinar el sentido de las transformaciones del mismo Derecho positivo estatal, cuyo derecho económico, mercantil, laboral y fiscal queda fuertemente condicionado por las prácticas autónomas de los grupos empresariales privados. El mercado y los actores económicos dominantes (entre los que entran la constelación de empresas transnacionales) limitan los márgenes de decisión de los Estados miembros. En este sentido la influencia de la racionalización económica (de sus principios y valores) es determinante de la organización del Sistema Social y Político. Siendo, así, que el fenómeno se acrecienta conforme avanza el proceso de transnacionalización de los mercados.

Si para los Estados es ya difícil acometer procesos de heteroregulación de las actividades económicas; para los trabajadores resulta más difícil articular mecanismos de control y de participación sobre los complejos empresariales. Lo que se hace prevalecer es una lógica propia de los sistemas autorregulados entre los complejos empresariales, y, de forma subordinada, entre los actores sociales (empresarios y representaciones asociativas o unitarias). Las condiciones del mercado cambian con gran rapidez, de manera que la presión competitiva de las empresas se incrementa, condicionando los sistemas normativos de los Estados. Proliferan los acuerdos «microcorporativistas» (coherentes con la conformación de los complejos empresariales como *unitas multiplex*), más flexibles, descentralizados y eficientes que los tradicionales grandes acuerdos «macrocorporativos» que caracterizaron a la racionalidad del fordismo. El objetivo comúnmente perseguido por la nueva política empresarial es la flexibilidad como fin preferente, haciendo posible conseguir una capacidad general de las empresas para reorganizarse en respuesta directa a las fluctuaciones de su medio ambiente. Es la doble vertiente del Derecho reflexivo (implicado en los procesos de autorregulación), el cual encuentra su manifestación el Derecho económico empresarial y en el Derecho convencional del Trabajo. En este marco, la Unión Europea, con su Tratado instituyente de la Constitución Europea, es una manifestación significativa de un orden político de carácter «*posthobbesiano*», dotado de un centro de decisión política unitaria y una pluralidad de instancias estatales soberanas, las cuales han consentido en ceder ámbitos relevantes de sus competencias soberanas («autolimitación» de poderes normativos soberanos detentados por los Estados miembros).

Los modelos de organización empresarial para afrontar los retos de la competitividad de escala exigen una mayor implicación de los trabajadores en el pro-

ceso de toma de decisiones empresariales. La razón económica de la competitividad prevalece notoriamente respecto de la razón participativa dentro de las aspiraciones inherentes a los modelos de la llamada «democracia industrial». Desde ese enfoque funcional o instrumental de la participación se sitúa hoy el problema de la intervención e influencia de los trabajadores en el gobierno de la empresa. Esto es, desde la perspectiva de una participación debilitada, no desde una participación fuerte. Ello sin perjuicio de que existan ámbitos de participación cogestional fomentados desde la nueva cultura jurídica empresarial de la participación.

La perspectiva actual de fomento de las distintas formas de participación e implicación de los trabajadores en la empresa adolece de ese enfoque de racionalidad instrumental, donde predomina la defensa del principio axial de eficiencia o economicidad. La empresa global (como nuevo modelo de organización de la actividad económica apoyado en la innovación tecnológica) aparece como una institución económica en la que prevalece la lógica del mercado. En este sentido se ha producido también un cambio en la ideología jurídica de la participación que ha acompañado a las recientes transformaciones del capitalismo, en una secuencia que va desde el predominio del conflicto hacia el de la cooperación (aunque siempre desde la defensa de los propios intereses de los trabajadores).

No se olvide que en sí el mercado global obedece a estrategias de orden político e ideológico, como ocurre con el mismo paradigma de empresa global flexible y descentralizada. El mercado moderno es una unidad jurídico-económica de relaciones de intercambio, siendo su estructura el reflejo de una decisión político-jurídica.

Los nuevos modelos de empresa en los países desarrollados parecen exigir formas de participación más cooperativa en lo que respecta a la solución de los problemas de la empresa y de la organización de las relaciones laborales. Pero, al propio tiempo, la segmentación de los trabajadores en la misma empresa puede plantear nuevas formas de conflictividad (trabajadores permanentes/trabajadores temporales; trabajadores «internos» y trabajadores «externos» que prestan servicios en el mismo centro de trabajo; etcétera). También la apertura del conflicto queda abierta manifiestamente en los procesos de reestructuración, que a menudo desembocan en despidos masivos, y, en relación a ello, en los procesos de «deslocalización» de las grandes sedes empresariales en la dirección de reducir costes mediante el abaratamiento de la mano de obra. Estos procesos pueden ser tratados mediante el diálogo, la consulta, la participación institucional y la negociación colectiva, pero operan, sin duda, sobre un entramado altamente conflictivo de intereses en juego. Por consiguiente, la realidad cooperativa no reside en la desaparición del conflicto sino en el tipo de método más adecuado para su tratamiento. El conflicto es connatural a las relaciones laborales, y en tanto persista el régimen salarial el conflicto existirá entre el trabajo y capital como fuer-

zas productivas. En relación a ello, la empresa como organización es en sí misma una estructura de dominación, presidida por relaciones de poder, con inevitable apertura hacia el conflicto, el cual puede ser, sin embargo, afrontado desde ópticas distintas (de ruptura o de reforma; de disolución; o de institucionalización, esto es, de encauzamiento jurídico e institucional de la conflictividad emergente en cada momento o etapa histórica) (Monereo, 2017: 799).

En la dialéctica conflicto/pacto, reivindicación/cooperación, en un modelo evolucionado («civilizado») de relaciones laborales se tiende a hacer prevalecer el método del pacto o de la cooperación. Por lo demás, existen ámbitos de las relaciones laborales en los que es posible encontrar espacios para una toma de decisiones por vía co-decisional, y en los que, en términos de principio, es posible una implicación directa y no necesariamente de conflicto abierto (v.gr., seguridad y salud laboral; nuevas tecnologías). En estos ámbitos la lógica de la cooperación puede desplegarse fácilmente y de modo funcional.

Con todo, la penetración de la cultura de la participación es mayor en el desenvolvimiento de las relaciones colectivas y sindicales en la empresa. La vía del consenso ha sido un instrumento realmente útil que ha facilitado (desde el punto de vista socio político) los procesos de reestructuración y renovación tecnológica. La participación ha sido un valor añadido en dichos procesos. Los trabajadores han podido intervenir en las decisiones preventivamente o, en su caso, han reducido o amortiguado sus consecuencias más nocivas. El personal de la organización productiva cuenta con una estructura representativa dotada de facultades de información y consulta ante las posibles decisiones de reestructuración empresarial que puedan afectarles; debiéndose realizar la información y la consulta en tiempo útil y con los contenidos apropiados para que los representantes de los trabajadores estén en condiciones de intervenir en el proceso de tomas de decisiones de reestructuración (véase, con referencia a los Comités de Empresa Europeos, SSTJCE 29 marzo 2001 (Caso «Bofrost») y 13 enero 2004 (Caso «Kühne & Nagel»).

El Tratado de la Constitución Europea parece establecer un modelo abierto de participación, pero desde una fórmula ciertamente debilitada. Esto es, a título sobre todo de derechos de información y consulta, y tan sólo con una tímida referencia a la «cogestión» o codecisión institucional. Su concreción o desarrollo legislativo y su aplicación práctica queda fuertemente condicionado por la realidad de formas de empresa «difusas», en régimen de colaboración o integración, u organizadas de manera descentralizada. Una empresa caracterizada por el «poliformismo», que, además de ser difusa y descentralizada, se sitúa en constante cambio (se inviste y «des-invieste» rápidamente) y reestructuración permanente, lo cual plantea nuevos problemas respecto a su dirección y a los mecanismos de influencia o participación de los trabajadores en ella, en su calidad de «partícipes» de pleno Derecho. Se ha reforzado la libertad de empresa (que in-

cluye la libertad de gestionar la empresa libremente) y se invoca continuamente el «interés objetivo de la empresa», tanto desde el punto de vista judicial como desde la perspectiva de la legislación (especialmente de la reestructuración de las empresas; en términos de viabilidad empresarial, posición competitiva de la empresa, etcétera). En muchos casos, las empresas aparecen como un centro de actividades (a menudo desmaterializado) dependiente de decisiones adoptadas en centros de decisión de grupos nacionales o multinacionales (advértase el fenómeno de la «deslocalización»). Las grandes compañías o empresas transnacionales actúan como un nuevo sujeto histórico sobreañadido a los Estados y clases sociales de antaño que ejercen su dominio en el nuevo espacio económico-político de la globalización.

El lugar de la participación, su modelo, dependerá también de la estrategia que se siga en la determinación y «selección» de los modelos productivos: caben los viejos modelos productivos; y también las opciones extremas de estrategia de reducción permanente de los costes, por un lado, y, por otro, la estrategia de innovación y flexibilidad. El modelo de participación no es en absoluto indiferente a dichos modelos, sino que está relativamente condicionado por ellos. La vida económica actual se caracteriza por la transformación de la organización de las empresas, donde el cambio se ha instalado en términos de transformación jurídica (supuestos de fusión y escisión de sociedades), económica (modificaciones de condiciones de trabajo y despidos por causas de funcionamiento o adaptación), o bien como cambios de su estructura financiera (cambios de control, políticas de salvamento o saneamiento). Estas transformaciones de las estructuras jurídicas y económicas de las empresas se producen dentro de unas reglas de juego jurídica e institucionalmente predeterminadas que hoy se encuentran en proceso de adaptación «subordinada» (esto es, dependiente en gran medida de las exigencias empresariales en un ordenamiento jurídico decididamente pro-empresarial), cuando no en abierta situación de crisis de identidad y de eficiencia. Estas reglas del ordenamiento laboral reflejan un cierto desfase de ritmo entre la constitución económica y la constitución social y participativa del trabajo en el mundo de las relaciones de producción. La razón económica evoluciona de modo más coherente que la razón social en los procesos de reorganización y transnacionalización de la economía. Si no se alcanza un equilibrio entre esas dos razones, que están en la base de la función político-jurídica del Derecho del Trabajo, los derechos participativos estarán vaciados de contenido y tan sólo asumirán una función legitimadora de decisiones de gobierno empresarial que se imponen unilateralmente a los trabajadores, sin que éstos puedan intervenir incisivamente en la estrategia empresarial. La dirección de la empresa acabará por instaurar un sistema de gestión autónomo de la organización productiva en relación al conjunto del personal (Monereo y Ortega, 2020, 390).

Es de realzar que se ha perdido en gran medida la idea originaria de la «reforma de la empresa»; sustituida por la idea de una participación funcional hacia

la empresa como organización de actividades económicas orientadas al máximo beneficio (la empresa como centro de beneficios que otorga preferencia al «valor económico» de la competitividad). Se fomenta la «cultura de la participación» como elemento instrumental al servicio del principio axial de eficiencia económica entre los elementos personales que quedan implicados en la organización productiva. Basta reparar en la fórmula, «necesidades objetivas de la empresa» como condicionante necesario de la misma racionalidad de sus formas de dirección y gestión.

Con todo, lo que se está produciendo es una crisis del paradigma o modelo de empresa originario, dominado por una empresa centralizada, jerarquizada y unidireccional en su estructura directiva. Actualmente, la empresa continúa siendo ámbito de organización de las relaciones de trabajo y marco de referencia del Derecho Social del Trabajo. Pero la empresa se ha transformado intensamente, porque la empresa deja de ser una estructura estrictamente descentralizada (los procesos de exteriorización de la mano de obra con la subcontratación, la empresa en red -con una nebulosa de contratistas, proveedores, prestatarios de servicios externos, etcétera-, la empresa «virtual», las empresas de trabajo temporal, la cesión de trabajadores en las estructuras de grupo, etcétera; lo que determina que la empresa sea cada vez más difusa) y jerarquizada (las nuevas formas de trabajo requieren la implicación de los trabajadores, el trabajo de calidad y la asimilación en el perfil de cualificación de las nuevas tecnologías). En tal sentido el problema que se plantea es el del espacio «empresarial» de la participación de los trabajadores, a menudo, su misma identificación; y otro tanto ocurre respecto a la identificación de los auténticos centros de decisión empresarial.

La cuestión se suscita a propósito del hecho obvio del carácter difuso y no transparente de la empresa contemporánea y a su orientación hacia el beneficio. La transparencia opera respecto a los trabajadores, pero también en cuanto a los accionistas; a menudo, unos y otros, se ven desplazados por los nuevos tecnócratas, los «managers», bajo los nuevos paradigmas de dirección empresarial, y directivos con alta capacidad de adaptación y movilidad. El poder —su autonomía— de los dirigentes empresariales se acrecienta, por lo demás, en el marco de la globalización de la economía marcada por la desregulación, que exige la adopción de decisiones rápidas, a pesar de comprometer la posición competitiva de la empresa. Cómo, entonces, garantizar que los derechos y libertades constitucionales penetren en esa «empresa difusa» (y tendencialmente «intransparente»); y entre esos derechos está el de participación, en la idea de un autogobierno más participativo de la empresa moderna (Monereo, 2017: 801 y siguientes).

Se produce aquí una fragmentación de la colectividad del trabajo en la empresa. Las estructuras representativas y la participación de los trabajadores en esas nuevas formas de organizar la empresa no pueden superar la posición estructural de subordinación del trabajo ni tampoco la reconstrucción del mundo

del trabajo con las nuevas formas empresa y de trabajar, pero sí pueden contrarrestar muchas de sus derivaciones más negativas. Entre otras cosas, porque en no pocos casos las nuevas prácticas de gestión empresarial son formas que han permitido esquivar a los sindicatos (como pretensión efectiva o como elemento objetivo que lo permite o posibilita). Las prácticas de organización empresarial no son un elemento extraño a las políticas de poder entre los actores sociales.

Estos son los grandes dilemas que se plantean también en lo que se refiere a la instrumentación del derecho de participación de los trabajadores en la empresa (afectando así a la prevención de riesgos laborales). Los derechos participativos, de los trabajadores o de sus representantes (éstos encarnan jurídicamente la defensa de los intereses del personal de la empresa de pertenencia) son elementos necesarios del modelo de democratización postulado por el constitucionalismo democrático-social y su cristalización en la idea-fuerza de la ciudadanía de la empresa (que se juridifica a través de la garantía de los derechos generales y específicos de los trabajadores en la misma o en su interior). Ese modelo determinó la crisis «política» del paradigma de autoridad y unidireccionalidad de la empresa; con todo un sistema de límites de los poderes empresariales discrecionales y la instrumentación de modos participativos de ejercicio. En este contexto, los derechos de información, consulta y participación institucional (co-gestión o codecisión) han permitido controlar el ejercicio de los poderes de la dirección de la empresa y co-decidir en importantes materias. Su eficiencia, no obstante, queda comprometida por el modelo de dirección unilateral que se contrapone a la visión pluralista de la empresa. Ésta última postula un gobierno directivo que tenga en cuenta la pluralidad de intereses presentes en su interior. Si se desea ir más allá de una participación «simbólica» (cuando no decididamente retórica) debe tomarse en serio el derecho de participación de los trabajadores en la dirección de la empresa y asegurar en todo caso el principio de responsabilidad social en el ejercicio de actividades empresariales. El juego que pueda tener el «interés de la empresa» es muy distinto según el modelo de gestión en que se encuadre. Desde un modelo unidimensional o monista del interés de la empresa, la dirección se sitúa en términos antitéticos respecto al personal y a las estructuras representativas que lo institucionalizan en términos jurídicos. Por el contrario, desde un modelo pluralista, el interés de la empresa puede ser un elemento que delimite puntos de encuentro o desencuentro en su dinámica de funcionamiento. El modelo pluralista se caracteriza por la construcción jurídica de una «constitución del trabajo» en la empresa, que garantiza los derechos de los trabajadores en su interior, y, especialmente, en los procesos de reestructuración productiva. Las nuevas culturas de empresa tratan de concentrar los esfuerzos en la integración y en la realización de los objetivos empresariales, buscando aquellas áreas de interés común.

Actualmente, se asiste a una crisis del modelo pluralista, donde las políticas de flexibilidad gestional ponen en cuestión sus postulados y sus ventajas.

La política directiva de la empresa parece otorgar una máxima preferencia a las exigencias del mercado y de la competitividad en una economía global. En ese contexto se enmascaran opciones decisorias unidireccionales bajo el camuflaje de un planteamiento tecnocrático de la eficiencia de la empresa (racionalización tecnocrática). El enfoque funcionalista ve en la empresa un sistema de contratación articulada alrededor de una actividad económica, haciendo difuso el elemento organizacional en sí que es soporte de la empresa como institución económica del capitalismo actual. Este paradigma o modelo de empresa tiende a anular la eficiencia y operatividad práctica de los derechos de información consulta, y participación institucional o en forma de co-decisión, puesto que operan respecto de una realidad empresarial presupuesta que tiende a difuminarse. En las nuevas formas de organización de la empresa, nociones como centro de trabajo y centro de decisión como referentes de la organización y actividad de las instancias representativas del personal se difuminan en los procesos de desmaterialización y disgregación que presiden las actuales operaciones de reestructuración empresarial. La progresión de esta tendencia conduce, de suyo, a vaciar de contenido y eficacia los derechos de información, consulta y co-decisión (basta reparar en la dificultad de garantizar el principio de transparencia informativa de la empresa en relación al personal, cuando no a las mismas instituciones representativas de los trabajadores en el marco de organizaciones empresariales «difusas» y, a menudo, «virtuales»).

En esta perspectiva, el derecho social de participación (tanto más en un sentido «fuerte») presupone el diálogo y una cierta aceptación común de las necesidades de la organización productiva. Ello comporta un clima de cooperación entre las diversas partes implicadas y comprometidas en la organización económica. ¿Y cuál es el modelo actual vigente de derechos de participación en materia de prevención de riesgos laborales en España? El artículo 33 de la LPRL se refiere expresamente a la obligación del empresario de consultar a los trabajadores la adopción de las decisiones relativas a: la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo. b) La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo. c) La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia. d) Los procedimientos de información y documentación. e) El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva. f) Cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores.

Al hilo de lo anterior, el artículo 34 de la LPRL se refiere expresamente a los derechos de participación y representación de los trabajadores en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales. Es así que, en las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores, la participación de éstos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se regula en este capítulo. Es a los Comités de Empresa, a los Delegados de Personal y a los representantes sindicales a quienes les corresponden la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Es por ello que el capítulo V de este texto normativo viene a regular la «consulta y participación de los trabajadores».

Por tanto, se construye así el derecho de los trabajadores a participar en la empresa en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales, lo que vendrá a realizarse a través de los Delegados de Prevención (representantes de los trabajadores en la empresa con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo) (Alegre, 2019: 59; García, 2009: 121). Delegados de Prevención que serán designados por y entre los representantes (legales, unitarios) del personal. En este sentido, su número varía paralelamente al de los miembros de comités o delegados debiendo estar en consonancia con la siguiente escala: de 50 a 100 trabajadores: 2; de 101 a 500 trabajadores: 3; de 501 a 1.000 trabajadores: 4; de 1.001 a 2.000 trabajadores: 5; de 2.001 a 3.000 trabajadores: 6; de 3.001 a 4.000 trabajadores: 7; y de 4.001 en adelante: 8. Teniendo en cuenta que, en las empresas de hasta 30 trabajadores, el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal; de 31 a 49 trabajadores el Delegado de Prevención será elegido por y entre los Delegados de Personal. En los centros de trabajo que carezcan de representantes de personal (representación legal o unitaria) por no alcanzar la antigüedad para ser electores o elegibles, los trabajadores podrán elegir por mayoría a un trabajador que ejerza las competencias de Delegado de Prevención (disposición adicional cuarta de la LPRL). Asimismo, brevemente debe destacarse al Comité de Seguridad y Salud, órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. Como órgano paritario está formado por los Delegados de Prevención y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de Delegados de Prevención. Quedará constituido en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores.

Dicho lo anterior, quizás, la mejor cultura de prevención y participación sea un modelo fuerte de responsabilidad de la empresa y trabajador por incumplimiento de la ley: un modelo generador de temor y desconfianza con el que conseguir el auto-cumplimiento del modelo de prevención cultural en empresas y por empresarios y trabajadores. Es por ello que, a continuación, nos vemos obligados a referirnos al actual modelo de responsabilidades vigentes (Administrativa, Penal, Civil y de Seguridad Social) y su aplicación en la práctica judicial.

3. El modelo de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales: administrativa, penal, civil y recargo de prestaciones como supuesto especial de responsabilidad de Seguridad Social

Refirámonos, a continuación, al modelo de responsabilidad existente en materia de prevención de riesgos laborales (Ortega, 2020: 841 y siguientes). Para ello tendremos que analizar detenidamente todas las posibilidades de responsabilidad que podemos encontrar en la práctica judicial.

3.1. Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa es una responsabilidad de naturaleza pública, en cuanto que se desenvuelve en el contexto de la relación entre los particulares y los poderes públicos. El carácter público de esta responsabilidad se refleja en su contenido como en la exigencia de responsabilidad, pues debe destacarse que sus consecuencias son típicamente sancionadoras y porque para su exigencia han de respetarse los principios básicos del derecho sancionador: legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, *non bis in idem*, etcétera (García y Rodríguez, 2015: 450). Los fines de la responsabilidad administrativa son dos: el sancionador y el preventivo (Pérez, 2020: 19). La responsabilidad administrativa posee finalidad sancionadora marcada por el carácter tuitivo que preside la propia legislación laboral, justificando el intervencionismo administrativo en la necesidad de vigilar el cumplimiento del orden social (Fernández, 2014: 1 y siguientes). Y tiene finalidad preventiva dado que la propia amenaza de la sanción opera como efecto disuasorio de la transgresión normativa y como potenciador del propio cumplimiento del deber de seguridad del empresario (García, 2006: 570). Ambas finalidades coinciden también en la responsabilidad penal, pero esta última posee una diferencia importante: el principio de intervención mínima.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) viene a sancionar a los empresarios que incumplan la normativa en el orden social, entre otras cuestiones, por el incumplimiento de la seguridad y salud laboral. El artículo 5.2. LISOS determina que son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales:

Las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley.

La responsabilidad administrativa cumple fines sancionadores y represivos. Como puede comprobarse, la sanción principal es de carácter económico

(multa), aunque también pueden existir otras sanciones más drásticas: el Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía (artículo 53 LPRL).

La LISOS establece que son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente ley y, en particular, las siguientes: el empresario en la relación laboral (apartado 1 del artículo 2 LISOS); los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales (apartado 8 del artículo 2 LISOS); y las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia (apartado 9 del artículo 2 LISOS). Por tanto, en materia de prevención de riesgos laborales, no solo son responsables los empresarios; también los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se derive de la normativa de prevención; y las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas y las que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención. Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad administrativa de los restantes sujetos a los que se refiere el artículo 2 LISOS posee un alcance más delimitado. Dicho alcance se debe a que, en la materia de salud y seguridad en el trabajo, no se alcanzan los niveles de generalidad que son propios del deber empresarial. Así, por ejemplo, la responsabilidad que se puede asumir por las entidades que desarrollan funciones de prevención, auditoría o formación queda ceñida a las tareas específicas que realicen, como se deduce de los artículos 11, 12 y 13 LISOS (García y Rodríguez, 2015: 455).

Respecto a la posibilidad de que exista una pluralidad de empresarios, es evidente que la situación de colaboración entre varios empresarios donde los trabajadores desarrollen su actividad en dependencias de un empresario diferente o con trabajadores autónomos de otras empresas, son supuestos a los que debemos de referirnos. Partimos del artículo 42 LISOS, precepto que solo se refiere a los supuestos de responsabilidad en casos de cesión de trabajadores a través de ETTs y subcontratación. Por tanto, no contempla todos los supuestos del artículo 24 LPRL; sin perjuicio de lo anterior, a partir de este precepto puede de-

ducirse la existencia de responsabilidad solidaria entre todos ellos (como regla general), así como del artículo 28.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone:

Quando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.

Respecto a los supuestos de subcontratación, el artículo 24.3 LRPL sí que se refiere expresamente al mismo cuando establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (artículo 42.3 LISOS). Lo que también es aplicable a los supuestos de concesiones administrativas. En las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene (apartado 2 del artículo 42.3 LPRL).

Para la valoración del daño, debe partirse del artículo 5.2 LISOS. Este precepto establece que:

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley.

Dicho precepto confirma la objetividad de la infracción administrativa en materia de salud y seguridad laboral: se valora el mero incumplimiento al margen de las consecuencias dañosas o no que se hayan producido por la correspondiente acción u omisión. No se valoran, por tanto, ni la existencia de daños, ni la gravedad de los mismos. En definitiva, para la existencia de daño se considera suficiente la infracción o incumplimiento de la normativa. Para la imputación de la culpabilidad al sujeto infractor deberá probarse el incumplimiento y la autoría (artículo 53.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Pero, como ha quedado

claro, no se requiere al sujeto infractor negligencia o descuido; es suficiente con la mera infracción por falta de cuidado o atención o por acción u omisión de las reglas de seguridad y salud en el trabajo.

Al hilo de lo anterior, desde inicios de los años noventa, la doctrina jurisprudencial ya establecía que:

La culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre agente y resultado típicamente punible, no es elemento esencial para la existencia de infracciones sancionables por las Autoridades Laborales en materia de Higiene y Seguridad en el Trabajo toda vez que lo sancionado en este ámbito es el mero incumplimiento de los preceptos con independencia de que la conducta infractora produzca o no material perjuicio y con autonomía también respecto a las responsabilidades que pudieran concurrir en los otros órdenes jurisdiccionales, civil, penal e incluso laboral (STS 17 de septiembre de 1991 [RJ 1991\8290] y STS 2 de julio de 1996 [1996\5605]).

Así pues, en el desarrollo de la actividad laboral de una empresa existe un deber de seguridad por parte del titular de aquella que:

Obliga a exigir al trabajador la utilización de los medios dispositivos preventivos de seguridad, impidiendo, si ello fuera necesario, la actividad laboral de quienes, por imprudencia o negligencia, incumplan el debido uso de aquéllos, incluso a través del ejercicio de la potestad disciplinaria (STS 23 de febrero de 1994 [RJ 1994\2225] y STS 22 de abril de 1989 [RJ 1989\2877]).

Y es que, la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota con darles los medios normales de protección, sino que viene además obligada:

A la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que deben tener no sólo, a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además de la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales (STS 22 de octubre de 1982 [RJ 1982\5794]).

Resaltándose que, como contrapartida a la facultad organizadora de la empresa por su titular, sobre éste recae la escrupulosa observancia de las medidas preventivas en la seguridad del trabajador, no siendo enervada tal obligación por la posible imprudencia del trabajador (STS 2 de julio de 1996 [RJ 1996\5605]). Parece ser que la culpa *in vigilando* es la que viene a actuar en relación al deber de seguridad del empresario hablando así de una responsabilidad cuasi-objetiva. No obstante, existen sentencias en las que se da paso a la consolidación de un firme principio culpabilístico (Mercader, 2020: 587):

Sostener lo contrario evidenciaría que dicha responsabilidad se ha cimentado sobre la base del acaecimiento de un resultado lesivo, sin considerar las causas determinantes del mismo, es decir, en atención a una responsabilidad objetiva basada en el

resultado, lo cual resulta inadmisibile, según se ha dicho antes, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (STSJ Andalucía, Granada, 26 de enero de 2015 [JUR 2015\134968]).

De conformidad con lo anterior, posteriormente nos detendremos en analizar la responsabilidad empresarial que tenga su origen en circunstancias o hechos extraños por completo a la voluntad de los sujetos implicados, como pudieran ser los supuestos de estado de necesidad o de fuerza mayor (crisis sanitaria consecuencia del COVID-19) (Guindo, 2020: 173). En este sentido, el artículo 5.4 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Monereo y Moreno, 2018: 833; Monereo y López, 2016: 17; Monereo y López, 2015: 25), confirma que:

La presente Directiva no obstaculizará la facultad de los Estados miembros para establecer la exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada.

Sin perjuicio de lo anterior, la no exigencia de culpa por parte del empresario no quiere decir que éste no tenga consecuencia alguna. En definitiva, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales requieren de mero incumplimiento de la disposición legal, exista o no culpabilidad del infractor, sin que la imprudencia del trabajador exonere al empresario que no ha cumplido con sus obligaciones preventivas (García y Rodríguez, 2015: 462).

Para valorar la concurrencia de responsabilidad administrativa con otras posibles responsabilidades, debemos situarnos en el artículo 42 LPRL. El contenido de dicho precepto confirma la posibilidad de que concurran responsabilidad administrativa con responsabilidad penal, responsabilidad civil por daños y perjuicios, así como con el recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente. No obstante, esta regla que declara la compatibilidad de responsabilidades requiere de una serie de matizaciones y especificaciones, especialmente, ante sanciones públicas (penales y administrativas).

Buena parte de los incumplimientos tipificados en los artículos 11 a 13 LISOS como infracciones administrativas podría encajar sin problema en los tipos delictivos de los artículos 316 y 317 CP, rechazándose así el principio *non bis in idem*. Pero, actualmente, el artículo 3 LISOS se refiere expresamente a la regla de aplicación del principio *non bis in idem* cuando establece los siguiente:

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

Así, en los supuestos de concurrencia con el orden jurisdiccional penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. Ahora sí: de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador administrativo en base a los hechos que los tribunales hayan considerado probados. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal. Así, el Ministerio Fiscal debe notificar a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo la existencia de cualquier tipo de procedimiento penal existente sobre los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. Consecuencia de la notificación del Ministerio Fiscal, se producirá la paralización de procedimiento hasta el momento en que el propio Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial. Consecuencia de lo dicho deducimos una clara preferencia de la imposición de sanción penal sobre la sanción administrativa, así como una más que evidente primacía de orden jurisdiccional penal sobre la propia actuación administrativa; pero esto último posee una importantísima consecuencia en el orden jurisdiccional social: la preferente posición de la estimación de los hechos objeto de debate que se hayan estipulado en el orden penal (García y Rodríguez, 2015: 487). Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad administrativa sí es compatible con la responsabilidad civil y con la responsabilidad de Seguridad Social. No así con la responsabilidad penal cuando el sujeto, hecho y fundamento ponga de manifiesto la incompatibilidad entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal.

3.2. Responsabilidad penal

La responsabilidad penal es de naturaleza pública, posee carácter de derecho sancionador, siendo su propósito la represión pública de las conductas punibles con finalidad de carácter disuasorio y de prevención general (Pérez, 2020: 9). En el Código Penal localizamos varios preceptos que se refieren a diversos tipos penales en los que el empresario puede incurrir por transgredir su deber de protección de la seguridad y salud laboral. Dicha exigencia de responsabilidad penal se integra en la estrategia preventiva diseñada por la LPRL. Dentro del Título XV

y que versa sobre «los delitos contra los derechos de los trabajadores», hemos de referirnos al delito doloso del artículo 316 CP, el cual, viene a confirmar que:

Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Como puede comprobarse del citado precepto, el objeto de tutela jurídica es la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Y el artículo 317 CP, referido al delito culposo, establece que:

Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

Por tanto, no se exige resultado alguno; el artículo solo se refiere al peligro grave de la vida o salud del trabajador, por lo que nos encontramos ante un delito de riesgo y no de resultado.

Consecuentemente, el dolo no requiere la representación o aceptación de resultado lesivo; basta con el que elemento subjetivo se proyecte sobre los elementos objetivos del tipo, en este caso concreto, sobre la idoneidad peligrosa de la omisión de medios que es obligatorio facilitar (Terradillos, 2015: 523):

Y el elemento subjetivo del tipo penal que se analiza no viene representado, desde luego, por la intencionalidad de la conducta en el sentido de perseguir la causación del resultado dañoso, exigiendo el dolo únicamente la conciencia de la infracción de la norma de prevención, el conocimiento de la ausencia de facilitación de los elementos de seguridad imprescindibles y, por último, el de la existencia de una grave situación de peligro creada como consecuencia de aquellas dos omisiones (Audiencia Provincial de Madrid 13 de mayo de 2013 [ARP 2013, 1087]).

En suma es preciso analizar todos y cada uno de los elementos de seguridad existentes en la empresa para concluir si se observa una insuficiencia o defectuosidad en las medidas, es decir:

Si en general, la empresa cumplía con todas las medidas de seguridad exigidas en la construcción pero su aplicación fue defectuosa, en cuyo caso la conducta sería incardinable en el tipo imprudente, es decir, en el artículo 317 CP, o si, por el contrario, se observa en la conducta del acusado una conciencia y voluntariedad del peligro, siquiera de manera eventual en cuyo caso la conducta es incardinable en el tipo doloso previsto en el artículo 316 CP (Audiencia Provincial de Guadalajara 11 de diciembre de 2013 [ARP 2013, 1488]).

Naturalmente, para la integración del tipo se exige que, con infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores sin que sea preciso que el peligro se concrete en una lesión efectiva, puesto que el delito en cuestión lo es únicamente de riesgo. Se trata de un tipo con varios elementos normativos, esto exige, para la adecuada integración del mismo, tener en cuenta lo dispuesto fuera de la norma legal, en especial, la LPRL. Es un tipo de omisión en cuanto supone el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral (STS 12 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 7764]). Se trata de un tipo penal de estructura omisiva más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente, en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante (STS 29 de julio de 2002 [RJ 2002, 8826]).

Es un delito de peligro, no es necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva. Es, obviamente, un tipo penal en blanco, pues es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, entendiéndose que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque exige, en adecuado nexo de causalidad, que la norma de seguridad infringida ponga en peligro grave su vida, salud o integridad física, la que nos remite a las infracciones graves de la normativa laboral. Indudablemente, sólo tienen relevancia penal las infracciones laborales más graves, no basta para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, porque esto extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica. La integración de este tipo penal con la normativa correspondiente de prevención de riesgos laborales sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos, cuya omisión es capaz de generar un grave peligro. Se está en consecuencia ante la infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores (Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 19 de diciembre de 2019 [JUR 2020, 51547]). Asimismo, debe tenerse presente que la Administración Pública, en materia de prevención riesgos laborales, tiene las mismas obligaciones que cualquier otra empresa (artículo 14.1 LPRL), equiparando la LPRL al empresario con la Administración (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 7 de marzo de 2012 [JUR 2012, 229171]).

Referirnos también al debate sobre la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones correspondientes por la incapacidad resultante del siniestro laboral y la indemnización por responsabilidad civil derivada del delito. En lo

que se refiere a la concreta incidencia de las prestaciones de Seguridad Social en la reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo, se ha indicado que además de las prestaciones públicas que procedan, también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente laboral, porque esta responsabilidad adicional tiene carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social (SSTS 30 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6853] y 23 de abril de 2002 [RJ 2002, 7852]).

Por tanto, de un estudio jurisprudencial, puede concluirse que para determinar los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deberán computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado, excepción hecha del recargo impuesto por falta de medidas de seguridad (STS 1 de junio de 2005 [RJ 2005, 9662] y STS 2 de febrero de 1998 [RJ 1998, 3250]). Concluimos confirmando que la responsabilidad penal no es compatible con la responsabilidad administrativa. De conformidad con el artículo 3 LISOS, en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. Responsabilidad penal que sí es compatible con la civil (lo que puede resolverse dentro del proceso penal o en el proceso civil), siendo compatible también con el recargo de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad del conjunto indemnizatorio.

3.3. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil se distingue de las otras responsabilidades por la naturaleza privada de la que goza y por los fines que persigue: la reparación del daño y perjuicio causado sobre la base de que nadie pueda causar daño a otro (principio *neminem laedere*) (Pérez, 2020: 24). Dentro de la responsabilidad civil es conveniente realizar una bifurcación entre responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal; y responsabilidad civil contractual.

Debe partirse del precepto que confirma que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios (artículo 116.1 CP). Dicha responsabilidad por la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar, lo que comprende (artículo 110 CP): 1.º La restitución; 2.º La reparación del daño; 3.º La indemnización de perjuicios materiales y mora-

les. Dentro de la responsabilidad civil en relación a los riesgos laborales hemos de diferenciar entre la responsabilidad contractual (artículos 1101 y siguientes) y la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 y siguientes). La responsabilidad contractual deriva de incumplimiento o cumplimiento defectuoso entre empresario y trabajador; y la responsabilidad extracontractual deriva de una conducta dolosa o negligente del sujeto infractor (Carrancho, 2010: 25). De conformidad con el artículo 1101 del Código Civil (responsabilidad contractual):

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Por tanto, es obvio que, si el empresario causa un daño por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgo laborales, deberá responder contractualmente de la misma. Los requisitos que deberán concurrir para la existencia de responsabilidad civil por daños son los siguientes (Farrés, 2007): 1) Existencia de daños al trabajador. 2) Acción u omisión, consistente en un incumplimiento, normalmente grave, por parte del empresario de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. 3) Culpa o negligencia empresarial. 4) Relación de causalidad entre la conducta empresarial y el daño producido. Al hilo de lo anterior, el marco normativo de la responsabilidad contractual (artículo 42.1 LPRL; artículos 168.3 y 164 LGSS), que suele ser la apropiada para la siniestralidad laboral, requiere el incumplimiento empresarial de sus obligaciones de prevención (Fernández, 2015: 551). Y de conformidad con el artículo 1902 del Código Civil (responsabilidad extracontractual):

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Asimismo, la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder, siendo igualmente responsables los:

Dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones (artículo 1903 Código Civil).

Teniendo en cuenta que el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho (artículo 1904 Código Civil). Sería la denominada responsabilidad directa y no subsidiaria de empresario por ser el centro de imputación del riesgo inherente a la actividad empresarial (García, 2006: 591).

Analizada la normativa, jurisprudencialmente es regla general aquella que viene a recoger que el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen derecho:

A su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes del trabajo no afectan solo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social, proclamándose que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de la compensación plena, concluyendo así la necesidad de que todas las indemnizaciones reconocidas a favor del trabajador en las distintas vías jurisdiccionales han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio (STS 23 de abril de 2009 [RJ 2009, 4140]).

Siguiendo esas pautas, cabe afirmar que las prestaciones del sistema de la Seguridad Social previstas para las contingencias profesionales no agotan todas las posibilidades de indemnizar los daños y perjuicios que ocasionen:

Las prestaciones de Seguridad Social no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, pero se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse si no hubieran existido tales prestaciones, ya que las mismas no alteran ese importe total y no pueden adicionarse al mismo porque se produciría un exceso carente de causa (STS 9 de febrero de 2005 [RJ 2005, 6358]).

Son principios generales del Tribunal Supremo sobre la materia de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo los siguientes. Para empezar, la doctrina es unánime a la hora de mantener el derecho a la reparación íntegra, porque como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento jurídico (lo que se deduce de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil) en principio la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social (STS 17 de febrero de 1999 [RJ 1999, 2598] y 24 de julio de 2006 [RJ 2006, 7312]). Asimismo, el Tribunal Supremo sostiene que del referido principio de reparación íntegra se deduce la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación; y, a sensu contrario, que la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido; dicho de otro modo, que los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena (STS 17 de julio de 2007 [RJ 2007, 8300]).

Y dentro de las evidentes dificultades que supone fijar una cuantía en concepto de indemnización, con carácter general se ha mantenido que debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la de-

pendencia económica, las sumas ya percibidas y los criterios legales que pueden servir de referencia (STS 02 de febrero de 1998 [RJ 1998, 3250] y STS 17 de febrero de 1999 [RJ 1999, 2598]). Más concretamente, a falta de norma legal expresa en materia laboral, la indemnización alcanzará sin limitación, en principio, a los daños y perjuicios que como derivados del accidente de trabajo se acrediten, aunque los órganos judiciales puedan acudir analógicamente a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios (STS 17 de julio de 2007 [RJ 2007, 8300]). Sin perjuicio de lo anterior, para la determinación de la indemnización debe tenerse en cuenta la concurrencia de culpas entre el trabajador y el empresario por incumplimiento mutuo de sus respectivas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Cuando se produce esta concurrencia de culpas, de forma que las dos actuaciones (la del empresario y la del trabajador) determinan la producción del resultado fatal, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que, a partir de una generalización de la regla del artículo 1103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo (STS 21 de marzo de 2000 [RJ 2000, 2023], STS 21 de febrero de 2002 [RJ 2002, 4539] y STS 17 de julio de 2008 [RJ 2008, 4483]). En este sentido, la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, cuando no opera como causa exclusiva del accidente, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador (STS 12 de julio de 2007 [RJ 2007, 8226] y STSJ de Castilla-La Mancha 17 de abril de 2012 [AS 2012, 1569]).

En definitiva, nos encontramos ante una responsabilidad por culpa, pero muy «subjektivada». La amplitud del deber de prevención del artículo 14 LPRL, así como su desarrollo reglamentario, los deberes de previsión y evaluación, la propia prevención o vigilancia, entre otros factores, han tenido la consecuencia de que el empresario se exonere de responsabilidad solo en los supuestos en los que estemos ante casos imprevisibles e inevitables del artículo 1105 del Código Civil:

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

En suma, la exoneración de responsabilidad solo es posible cuando se prueba el cumplimiento de la diligencia debida, la existencia de una imposibilidad sobrevenida, el caso fortuito o la fuerza mayor (Fernández, 2015: 552). Res-

pecto a la indemnización económica, nos encontramos ante una indemnización de responsabilidad por culpa lo que permitiría una reparación integral del daño pudiéndose reclamar todos los daños sufridos (daño emergente), las ganancias que se hayan dejado de obtener (lucro cesante), así como todos los daños derivados del siniestro laboral: sufrimiento físico, daño moral, disminución de la capacidad, etcétera (STS 17 de febrero de 1999 [RJ 1999, 2598] y STS 24 de julio de 2006 [RJ 2006, 7312]). Para la cuantificación de la indemnización económica habrá que estar a los criterios civilistas en los que se tendrán en cuenta la culpabilidad, la buena fe, la negligencia y el dolo. Incluso habrá que analizarse si ha existido compensación de culpa entre empresario y trabajador: normalmente, la imprudencia profesional no suele exonerar la responsabilidad de ambos; la imprudencia temeraria del trabajador sí suele exonerar de responsabilidad al empresario (Fernández, 2015: 558). Por otro lado, sin perjuicio de todo lo anterior, como ya hemos manifestado anteriormente, actualmente la LRJS, otorgando la competencia al orden jurisdiccional social, ha puesto punto y final a la dualidad jurisdiccional existente en la materia.

3.4. Responsabilidad en Seguridad Social: el recargo de prestaciones

Por último, la responsabilidad por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales se cierra con la responsabilidad de Seguridad Social en aquellos supuestos en los que, además de un incumplimiento, se haya materializado un resultado dañoso. En efecto, la producción del resultado dañoso es la característica propia de la responsabilidad de Seguridad Social (a diferencia de la responsabilidad administrativa en la que se exigía un mero incumplimiento sin que fuera necesario el daño concreto por ser una infracción de riesgo y no de resultado). Por tanto, se exige que el trabajador haya tenido un accidente por falta de medidas de seguridad (Pérez, 2020: 27). Sin perjuicio de lo anterior, destacar que el recargo de prestaciones no es la única manifestación de esta responsabilidad (aunque será a la única que nos referiremos) (García, 2003: 154). Centrándonos en el recargo de prestaciones (Monereo, 2020: 677), hemos de situarnos en el artículo 164 LGSS. Precepto de gran rigor y concisión técnica que viene a delimitar, en sus tres apartados, el concepto y los elementos constitutivos de la institución, la naturaleza de la responsabilidad y los sujetos responsables y, por último, su carácter independiente y compatible con todo ámbito de responsabilidad, pues no vulnera el principio *non bis in idem*, puesto que contempla el hecho punible desde perspectivas y finalidades específicamente distintas a las sanciones administrativas (Monereo, 2015: 566). En efecto, la posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem», pues conforme a la jurisprudencia constitucional, la regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (v.gr., como ilícito penal y como infracción administra-

tiva o laboral) y que por su misma naturaleza sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior, destacándose doctrinalmente que:

Es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores (STS 2 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9673] y STC 159/1985, de 25 de noviembre [RTC 1985, 159]).

En el recargo nos encontramos ante un componente sancionador y un componente reparador: se propone la sanción cuando el accidente haya sido consecuencia de la falta de medidas aumentando la prestación que corresponda entre un 30 y un 50% (artículo 164 LGSS). Dicha naturaleza viene a definir el recargo como «sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio» (Monereo, 1992: 606). Debe tenerse en cuenta que la sanción no tiene una función únicamente represiva o intimidatoria, sino también reparadora (en forma indemnizatoria) que se traduce en el aumento de la prestación para el trabajador o sus causahabientes. Especificidad de esta figura jurídica que reside, precisamente, en que no pueden separarse ambos componentes, puesto que el recargo es tanto sanción para empresario (de carácter represivo) como en indemnización para el trabajador (por su naturaleza reparadora), derivando de esas dos características el carácter *sui generis* del recargo (Monereo, 1992: 606; Pérez, 2020: 30). Con el citado precepto se pretende incrementar los esfuerzos de prevención de los empresarios mediante la representación de una amenaza de agravamiento de la responsabilidad patrimonial directa. La finalidad última es el reforzamiento de las normas y medidas de prevención de riesgos profesionales: estimular los esfuerzos de prevención mediante la intimidación que provoca la sanción en el posible sujeto receptor.

Para la imputación del recargo se requiere la existencia de culpa o negligencia, lo que se traduce en una responsabilidad «cuasi-objetiva», puesto que, una vez reconocida la relación de causalidad entre el accidente producido y la falta de medidas de seguridad, se entenderá que hay culpabilidad, reconociéndose la culpabilidad a modo de presunción legal de su existencia, en el momento en el que opera la relación de causalidad (Monereo, 1992: 28). Como ya hemos indicado, la responsabilidad del recargo de prestaciones es independiente y compatible con los demás ámbitos de responsabilidad que puedan derivarse del incumplimiento empresarial del deber objetivo de cuidado (Monereo, 2015: 566). Por tanto, es compatible con otras responsabilidades, como la administrativa o penal, justificándose que no se vulnere el principio *non bis in idem*. Lo que se confirma por la propia norma que reconoce su compatibilidad con el resto de responsabilidades derivadas del ilí-

cito. No obstante lo anterior, se hace preciso resaltar que, en el caso de existir responsabilidad civil por los daños derivados y perjuicios causados, el juez de lo civil modulará la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta el recargo impuesto (Monereo, 1992: 78; Montoya, 2004: 312).

4. La responsabilidad empresarial en época de pandemia y crisis sanitaria en relación con la prevención de riesgos laborales

La responsabilidad administrativa es uno de los principales mecanismos con el que exigir la garantía de cumplimiento de la legislación sobre prevención de riesgos laborales. Nos encontramos ante una responsabilidad pública dónde la administración laboral se convierte en elemento principal, tanto en la imposición de sanciones como en el control de los hechos (a través de la ITSS). Lo anterior, sin perjuicio de que las decisiones puedan ser revisadas en vía jurisdiccional. Al ser una responsabilidad de naturaleza pública, la misma debe atenerse a los principios del artículo 35 CE: legalidad, tipicidad y *non bis in idem*. Este último impidiendo la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos, así como la concurrencia de sanciones administrativas y penales en ese mismo supuesto. Además, la sanción deberá estar influenciada por el principio de proporcionalidad e imputabilidad propios de cualquier sanción. Responsabilidad administrativa cuya consecuencia suele ser, generalmente, la imposición de una multa cuya cuantía varía dependiendo de la gravedad de la infracción y que es compatible con la responsabilidad civil o patrimonial, así como con la responsabilidad de seguridad social (recargo de prestaciones) (García y Rodríguez, 2015: 489).

En relación al coronavirus (se recomienda ver el criterio técnico 103/2020 de la ITSS; criterio no vinculante en vía judicial), debe partirse de que nos encontramos ante una epidemia desconocida, con altas dosis de contagio, por lo que deben adaptarse elevadas medidas de seguridad. Además, nos situamos en un contexto de fuerza mayor, por lo que las empresas solo podrán evaluar los riesgos existentes en el entorno laboral y seguir aquellas recomendaciones que hayan sido indicadas por los servicios de prevención y autoridades sanitarias. Para analizar la responsabilidad empresarial de estos supuestos, es necesario diferenciar aquellas empresas que forman parte de ámbito de aplicación del Real Decreto 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, de aquellas otras empresas a las que dicha normativa no le es de aplicación. A las empresas a las que le es de aplicación esta normativa, el riesgo de exposición al coronavirus sí ha de considerarse como un riesgo laboral en la medida en que la propia naturaleza de la actividad que el trabajador viene desarrollando entraña de por sí un riesgo (Domingo, Peñalosa y Salvador, 2020). Por tanto, de existir algún tipo de incumplimiento de conformidad con lo dispuesto en la

normativa, la autoridad laboral podrá aplicar la potestad sancionadora conferida por la LPRL y por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A las empresas a las que no se le aplica la citada normativa, el riesgo de contagio no deriva de la propia naturaleza de la actividad desempeñada, sino de un factor externo. Sin perjuicio de lo anterior, estas empresas sí deberán seguir las recomendaciones y orientaciones que la autoridad sanitaria hubiera publicado habiéndose introducido las mismas en el sistema de protección de las medidas de higiene y prevención necesarias (guantes, mascarillas, distancias mínimas, aforo máximo, etcétera). Es por ello que, de conformidad con el artículo 16 LPRL, habrá de realizarse un plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva con la finalidad de cumplir con el derecho a la protección frente a los riesgos laborales. Por tanto, aquellas empresas que vengán a incumplir la normativa preventiva, así como las medidas y recomendaciones necesarias podrán ser sancionadas de conformidad con el artículo 12.16 LISOS.

Por otro lado, dejando atrás la responsabilidad administrativa, la conducta de omisión e inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales también puede derivar en responsabilidad penal del empresario de conformidad con los artículos 316 y 317 del Código Penal. Como ya hemos comentado, nos encontramos ante un delito de peligro que, en este caso, se concretaría en la no facilitación de los medios necesarios a los trabajadores para desempeñar su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas que eviten el riesgo de contagio o transmisión del Covid-19. Al hilo de lo anterior, se requiere no cualquier infracción administrativa, sino que la conducta omisiva cometa una infracción laboral de las más graves que impliquen la creación o admisión de un riesgo grave para la vida, salud o integridad física del trabajador; se requiere, por tanto, de un nexo de causalidad entre la norma de seguridad que se infringe y el riesgo ocasionado (Domingo, Peñalosa y Salvador, 2020).

Trasladándonos al caso concreto de crisis sanitaria, creemos que también se podrá exigir responsabilidad a una empresa cuyo sector de la actividad no estaba expuesta a riesgos biológicos pero que, tras la aparición del virus, han pasado a exponerse a un alto riesgo de contagio. Podríamos deducir que serían todas las empresas cuyas actividades, una vez declarado el estado de alarma, continuaron desarrollando servicios (especialmente, porque la normativa lo permitía: supermercados, farmacias, mercancías, etcétera). En estos casos, será fundamental que el empresario cumpla estrictamente con la normativa de prevención de riesgos laborales, así como las medidas y recomendaciones que se han ido desarrollando a lo largo de la situación de crisis. Tendrá el empresario que realizar una evaluación de riesgos y prevención, así como facilitar los medios a sus trabajadores; de lo contrario, podría incurrir en un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores por conducta omisiva a la que se le exige dolo o imprudencia grave en su actuar. Además, en el caso de que el empresario haya decidido continuar con

la actividad empresarial y no haya podido habilitar a sus trabajadores de los elementos de protección comunes consecuencia de la escasez y dificultades que han existido en el mercado para dicho abastecimiento, debe tenerse en cuenta que el empresario también podrá incurrir en los delitos previstos en los artículos 316 y 317 del Código Penal. No obstante lo anterior, los esfuerzos del empresario que puedan ser acreditados y que evidencien que se ha intentado, por todos los medios posibles, la adquisición del material necesario para el desarrollo de la actividad, podrán ser razones de peso para exonerar o, al menor, reducir la responsabilidad penal del empresario.

Al hilo de lo anterior, puede concluirse que la falta de adopción de medidas necesarias de seguridad y salud para evitar el riesgo o contagio del virus sí se considerará delictiva siempre que haya supuesto un riesgo grave a la vida, salud o integridad física del trabajador (aunque no se haya llegado a producir el contagio). Sin perjuicio de lo anterior, si además de dicha situación de riesgo grave se produce un efectivo daño al trabajador, al empresario también se le podría imponer un castigo de resultado producido. En este supuesto tendremos que diferenciar dos casos: a) Si se produce un contagio que exija tratamiento médico (más allá de la vigilancia o seguimiento), el empresario podría ser imputado por la comisión de un delito de lesiones por imprudencia grave (artículo 152.1 CP) o por imprudencia menos graves (artículo 152.2 CP). b) Si el contagio provoca el fallecimiento del trabajador, al empresario se le podría llegar a imputar la comisión de un delito de homicidio por imprudencia grave (artículo 142.1 CP). En tales supuestos el empresario estará obligado a asumir la responsabilidad civil derivada del pago de la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados. A estos efectos, es importante que, en caso de que se hayan tomado medidas preventivas por parte del empresario, analizar, caso por caso, si las mismas han sido o no suficientes para evitar el reproche penal. En estos casos, reiteramos, habrá que estar al caso concreto y analizar todos los factores concurrentes (Garrigues).

En la práctica judicial será bastante complicado demostrar la relación de causalidad entre el contagio del Covid-19 y la conducta dolosa o imprudente de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Destacar que las posibilidades de éxito de la acción ejercitada por el trabajador se verán multiplicadas cuando exista acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se constate el incumplimiento de la empresa.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta también la posibilidad de la acción de responsabilidad civil por indemnización de los daños y perjuicios que el trabajador haya podido sufrir a consecuencia del contagio lo que, obviamente, también entrañará problemas en la prueba de la relación de causalidad. Responsabilidad civil que tendrá que ventilarse en la jurisdicción social utilizándose para ello el baremo de lesionados destinado a los accidentes de tráfico.

Además, es importante traer a colación la carga de la prueba de conformidad con el artículo 96 LRJS:

En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.

Por tanto, recaerá en la empresa la obligación de probar que la misma adoptó todas las medidas necesarias para prevenir el riesgo de contagio. E incluso la empresa responderá, aunque exista culpa no temeraria del trabajador.

Como recapitulación, el trabajador contagiado por Covid-19 tiene un amplio abanico de posibilidades para exigir y reclamar la reparación del daño sufrido al empresario, aunque, como viene siendo habitual, tendremos que esperar y atender a los primeros pronunciamientos judiciales con los que podremos observar que tipo de interpretación (amplia o restrictiva) se realiza respecto a las posibles responsabilidades generadas.

5. Bibliografía

- ALEGRE NUENO, M. (2019) «La participación de los delegados de prevención en el sistema de gestión de los riesgos laborales», en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales: Integración y Desarrollo de la Gestión de la Prevención*, núm. 175.
- CARRANCHO HERRERO, M. T. (2010) *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, Madrid, La Ley.
- DOMINGO MONFORTE, J., PEÑALOSA, C. y SALVADOR, N. (2020) «Responsabilidad empresarial por contagio», en *Diario La Ley*, núm. 9631, Sección Tribuna, 13 de mayo, Wolters Kluwer. Publicado también en Web Domingo Monforte Abogados Asociados. Puede verse en el siguiente enlace: <https://www.domingomonforte.com/responsabilidad-empresarial-por-contagio/>
- FARRÉS MARSINACH, X. (2007) «La responsabilidad del empresario y del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales», en *Noticias Jurídicas*.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2015) «Responsabilidades civiles», en AA. VV.: *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. (2014) *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Granada, Comares.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2020) «Las responsabilidades de los auxiliares del empresario en la prevención de los riesgos profesionales: déficits normativos e integraciones jurisprudenciales», en AA. VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Tomo I, Murcia, Laborum.

- GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P. (2009) «La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales», en *Pecunia*, núm. 8.
- GARCÍA MURCIA, J. (2003) *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, Aranzadi.
- GARCÍA MURCIA, J. (2006) «El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil», en AA. VV.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares.
- GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2015) «Responsabilidades administrativas laborales», en AA. VV.: *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos.
- GARRIGUES, Web: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/covid-19-el-mantenimiento-de-la-actividad-productiva-puede-generar-un-potencial-problema
- GUINDO MORALES, S. (2020) «Medidas sociolaborales de prevención de riesgos tras la pandemia ocasionada por el SARS-COV-2 contenidas en el derecho de emergencia», en AA. VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2020) «El sistema de responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo: un modelo de transición», en AA. VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Tomo I, Murcia, Laborum.
- MONTOYA MELGAR, A. (2004) «El panorama de las responsabilidades del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (1992) *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2015) «El recargo de prestaciones como supuesto especial de responsabilidad», en AA. VV.: *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2017) «Derechos a la información y consulta», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al: La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2017) *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2020) «El recargo de prestaciones a la prueba de los desafíos de la «sociedad del riesgo»», en AA. VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Tomo I, Murcia, Laborum.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M. (2015) «La política del derecho de la prevención de riesgos laborales en las empresas», *Revista derecho del trabajo*, núm. 8.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M. (2016) «El derecho a la prevención: un análisis del modelo organizativo preventivo español», en *Estudios financieros*, núm. 395.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N. (2018) «La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del Derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales», en AA. VV.: *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Francis Lefebvre.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G. (2020) «Derecho de información [Art. 20.1) CE y normas concordantes]», en AA. VV.: *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Granada, Comares.
- ORTEGA LOZANO, P. G. (2020) «La delimitación de la responsabilidad del empresario y del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales», en AA. VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Tomo I, Murcia, Laborum.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S. (2020) «Las diversas posibilidades de indemnización por resarcimiento en la sanidad pública española: responsabilidad objetiva, nexo causal, «lex artis» y resultado producido», en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 228.
- PAYÁ CASTILBLANQUE, R. y BENEYTO CALATAYUD, P. J. (2018) «Participación sindical y salud laboral. Una relación positiva», en *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 24.
- PAYÁ CASTILBLANQUE, R. y BENEYTO CALATAYUD, P. J. (2019) «Integración de la salud laboral con medios propios como mecanismo de participación y activación cultural», en *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, núm. 22 (2).
- PÉREZ HERNÁNDEZ, M.^a. M. (2020) *La responsabilidad administrativa de empresario en prevención de riesgos laborales*, Granada, Comares.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a. (2015) «Responsabilidades penales», en AA. VV.: *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (2012) *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Albacete, Bo-marzo.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO PARA FRENAR LOS DAÑOS A LA SALUD LABORAL DERIVADOS DE LA PRECARIEDAD

Collective bargaining as instrument to stop damage to occupational health from job insecurity

ALFONSO RÍOS VELADA*

Responsable de Salud Laboral, CCOO de Euskadi

RESUMEN

La precariedad laboral, característica de nuestro mercado de trabajo, es una realidad multifactorial que tiene incidencia en las malas condiciones de trabajo y en el deterioro de la salud de las personas trabajadoras. En este contexto, la interacción entre los agentes sociales a través de la negociación colectiva es, con el Derecho del Trabajo, la herramienta de las personas trabajadoras para tener unas condiciones de trabajo dignas, así como para mejorarlas.

En este sentido, existe margen para que en la negociación colectiva se aborden materias que defiendan la salud en el trabajo, teniendo en cuenta que las medidas que contribuyen a combatir situaciones de precariedad laboral tienen incidencia también en la salud de las personas. La mayor garantía para un buen resultado en la negociación colectiva es que abarque el ámbito más amplio posible, generando derechos colectivos para el mayor número de personas.

Palabras clave: precariedad laboral, negociación colectiva, salud laboral, convenio colectivo.

ABSTRACT

Job insecurity, as a feature of our labour market, is a multifactorial fact that impacts on poor working conditions and harms workers' health. In this context, the interaction between social partners through collective bargaining, along with Labour Law, is the tool that working people have to get decent working conditions, and also to improve them.

In this respect, there is room for collective bargaining to deal with matters to uphold occupational health, considering that measures that fight precariousness of work have also impact on people's health. The greatest guarantee for a good result on collective bargaining is to have a wider scope, to create collective rights for the greatest possible number of people.

Keywords: job insecurity, collective bargaining, occupational health, collective agreement.

* **Correspondencia a:** Alfonso Ríos Velada. C/ Uribitarte 4, Bilbao (Bizkaia), España. – alfonsorios@ccoo.eu

Cómo citar: Ríos Velada, Alfonso. (2020). «La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad»; *Lan Harremanak*, 44, 218-237. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22213>).

Recibido: 05 noviembre, 2020; aceptado: 07 diciembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Los daños a la salud que se derivan de las condiciones laborales están presentes en los puestos de trabajo. Los accidentes laborales son la parte más visible y dramática de las consecuencias que el trabajo tiene en la salud. Existen también las enfermedades profesionales, más difíciles de detectar debido a que no son visibles en el momento en que se están contrayendo, y las patologías derivadas de los riesgos psicosociales en el trabajo, generando ambas igualmente perjuicios entre las personas trabajadoras.

Se necesitan mecanismos para reducir y eliminar estos riesgos. Dentro de las técnicas y la práctica que la prevención de riesgos laborales ofrece, y más allá de lo que el derecho del trabajo estipula, la negociación colectiva amplía las posibilidades de minimizar e incluso reducir los daños a la salud derivados del trabajo, por lo que es necesario extender este objetivo en el ámbito de la propia negociación colectiva.

En la primera parte del artículo se analiza cómo la precariedad laboral está detrás de muchos daños a la salud que tienen que ver con la exposición a determinadas condiciones de trabajo. En su primera sección se realiza un resumen de lo que es la precariedad laboral, para pasar en la segunda sección a mostrar las consecuencias concretas de la precariedad en la salud laboral. La tercera sección, por último, se centra en la especial incidencia que una práctica empresarial concreta, como es la subcontratación, tiene en la generación de los daños a la salud.

La segunda parte muestra las directrices generales que desde la negociación colectiva se pueden abordar para la defensa de la salud en el trabajo. En una primera sección se resume lo que es la negociación colectiva, como instrumento eficaz para mejorar las condiciones de trabajo y los derechos laborales. La segunda sección se centra en las cláusulas relativas a la participación de las personas trabajadoras en salud laboral en la empresa. La tercera sección aborda las cláusulas útiles para limitar las interferencias de las mutuas en los procesos de recuperación de las personas que puedan estar en proceso de recuperación de una dolencia concreta. Y la cuarta sección, por último, muestra la necesidad de abrir todas estas cláusulas a colectivos aún ajenos a la negociación colectiva, como son las personas que trabajan como falsas autónomas y las personas prestadoras de servicios en plataformas digitales.

La negociación colectiva se entiende como un mecanismo más para la defensa de unas condiciones de trabajo dignas, y se usa por lo tanto con el objetivo de eliminar los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales y todos los daños que perturban el bienestar de la clase trabajadora.

2. Precariedad laboral e incidencia en la salud de las personas

2.1. La precariedad laboral: fenómeno multifactorial

Las personas trabajadoras viven en un mercado laboral cambiante en el cual se dan nuevas situaciones y nuevas realidades que exigen una constante adaptación. En ese contexto general, la precariedad laboral no es un fenómeno nuevo, sino que es algo que ha arraigado, y que se ceba con unos determinados segmentos de la población trabajadora, como las personas jóvenes y las mujeres.

La precariedad laboral es un fenómeno multifactorial, no presenta una única cara ni una sola característica. Se entrecruzan los bajos salarios, la temporalidad en la contratación o la contratación a tiempo parcial no deseada, características todas ellas que acaban desembocando en la incertidumbre sobre el futuro y la continuidad de la relación laboral. La denominada brecha salarial, que afecta en su parte negativa a las mujeres trabajadoras, es un fenómeno que también se relaciona de forma directa con la precariedad laboral.

Todas las situaciones descritas degradan el trabajo, lo que incide en otro tipo de situaciones, como la falta de reconocimiento profesional. No obstante, las situaciones descritas también pueden afectar a personas trabajadoras que tengan un contrato indefinido. La inclusión de elementos de flexibilidad que son exclusivamente gobernados y dirigidos por la empresa, y que alteran de forma arbitraria algunas condiciones de trabajo, como el horario o la movilidad geográfica, generan incertidumbre, no tanto sobre la continuidad de la relación laboral, pero sí sobre la forma en la que se presta el trabajo.

En la discontinuidad de las relaciones laborales influye también la «inestabilidad de las empresas, que nacen, mueren, se reproducen, se segregan, desaparecen y se trasladan sin apenas trabas» (CCOO, 2007: 348). Precariedad e incertidumbre en torno al futuro de la relación laboral vienen afectadas por un número significativo de factores, lo que ha contribuido a su extensión en el mercado de trabajo.

La temporalidad en la contratación es la forma en la que en el conjunto del estado se ha venido creando empleo pero, obviamente, no un empleo de calidad. Este modelo de contratación se incrementa a finales de la década de los 80, y mantiene los niveles alcanzados en esta época durante los 90 y la primera mitad de los 2000. A partir de 2007 ni siquiera es posible hablar de creación de empleo, puesto que desde comienzos de 2008 hasta finales de 2013, y según el estudio elaborado por Lorente y Guamán (2018: 50), se destruyeron 3 millones setecientos mil empleos, o lo que es lo mismo, un 17'8% de lo que era el empleo total del conjunto del estado. Y es que «la economía española es, dentro de la UE, la que más empleo crea en las expansiones económicas, y la que más empleo destruye en las recesiones» (Lorente y Guamán., 2018: 50). No obstante, el empleo creado en épocas de expansión económica está alejado del empleo de calidad, al expandirse la temporalidad en la contratación.

La incertidumbre en relación al futuro de la relación laboral, y por lo tanto a la percepción de poder mantener unos ingresos estables o continuados, afecta a los proyectos de vida futura de las personas que tienen un contrato temporal. Por otro lado, también hay situaciones de precariedad laboral que se entrelazan con los modos de vida de nuestras sociedades y contribuyen a perpetuarlos, como es el caso del trabajo a tiempo parcial. Es un fenómeno que afecta de forma mayoritaria a las mujeres trabajadoras, y que se relaciona con la doble presencia y con la segregación que se da en el trabajo doméstico y en el ámbito de los cuidados (Fina, 2001: 88). Precariedad laboral y otras esferas de la precariedad vital se presentan de forma asociada.

Asimismo, el empleo a tiempo parcial, en especial para las personas jóvenes que acceden al mercado de trabajo, viene relacionada en muchas ocasiones con la existencia de otros ingresos que se derivan del núcleo familiar y de la convivencia en el mismo. No se puede afirmar en estos casos que se esté potenciando un proyecto de vida independiente más allá del núcleo familiar.

Todas las realidades descritas son las que están definiendo en el presente la precariedad laboral. Estas realidades, como se explicará a continuación, deterioran la salud de las personas en sus puestos de trabajo y fomentan accidentes de trabajo y enfermedades que se derivan de las condiciones laborales.

2.2. Precariedad laboral y daños a la salud en el trabajo

Una persona que accede a un puesto de trabajo con un contrato temporal, sobre todo si es una persona joven que atraviesa sus primeras experiencias en el mercado laboral, accede con un déficit en la experiencia sobre cómo prevenir los riesgos en el puesto, por lo menos en comparación con personas que hayan estado más tiempo en ese puesto.

Son las propias instituciones las que reconocen este hecho. En una entrevista publicada en el diario *Deia* el 3 de julio de 2017¹ el entonces director de Osalan, el Instituto Vasco de Seguridad y Salud en el Trabajo, Alberto Alonso, afirmaba que en torno al 30% de los accidentes de trabajo que se producen en la CAV ocurren durante el primer año en un puesto de trabajo, calificándose como crítico el primer mes. En el momento de la publicación de la entrevista, y según se afirma igualmente en ella, el 60% de los contratos laborales que se firmaban en Euskadi duraban menos de un mes.

Si hay empresas contratando a personas por menos de un mes (en periodos que duran por ejemplo veinte días, pero también tres o incluso uno), se constata un hecho que no incentiva a la formación de las personas trabajadoras. En

¹ La entrevista completa está disponible en <https://www.deia.eus/economia/2017/07/03/alberto-alonso-30-accidentes-dan/585628.html> (Accedido: 4-12-2020)

este caso no existe una capacitación real que permita prevenir los riesgos a la salud en el trabajo, pese a tratarse de una obligación que tiene que cumplir la empresa dentro de la jornada laboral, o si no es posible, descontando de la jornada el tiempo invertido en la formación, tal y como viene enunciado en el artículo 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Las empresas que realizan contratos laborales por tan pocos días no emplean tiempo alguno en organizar esta formación, y es posible que incluso lo consideren «malgastar» el poco tiempo que la persona trabajadora va a estar desempeñando su tarea. Es en cualquier caso un incumplimiento empresarial que tiene consecuencias en términos de aumento de la siniestralidad laboral.

Falta de experiencia en algunos casos y falta de formación la mayoría de las veces, sitúan a las personas contratadas de forma temporal en una situación de dificultad para enfrentarse a los riesgos del puesto de trabajo. No se posibilita que exista un conocimiento sobre las medidas preventivas con las que se cuenta en la empresa, si éstas existen, ni por tanto que puedan aplicarse de forma efectiva.

En la mayoría de los casos, las personas jóvenes acceden al mercado de trabajo en una situación de vulnerabilidad, y es esta vulnerabilidad la que está también en relación con condiciones laborales que pueden ocasionar accidentes de trabajo en ese colectivo de edad. Los contratos temporales y la falta de antigüedad que proporcione experiencia contribuyen a la generación de accidentes de trabajo. No en vano, las personas trabajadoras con menos de un año de antigüedad en la empresa refieren el doble de accidentes de trabajo que las personas que llevan de uno a tres años en la empresa. Es estructural en nuestro mercado de trabajo «una relación inversa entre antigüedad en el centro de trabajo y acciden-tabilidad laboral» (Payá, 2019: 129).

La contratación temporal es por todo ello un factor que influye en los accidentes de trabajo. En el conjunto del estado, según el estudio llevado a cabo por un equipo de la Universidad Pompeu Fabra, el riesgo de tener un accidente laboral es 2,5 veces superior para las personas con contrato temporal que para las personas con contrato indefinido. Por otro lado, entre las personas menores de 19 años, es tres veces superior la probabilidad de tener un accidente laboral si se tiene un contrato temporal que si se tiene un contrato indefinido (Amable *et al.*, 2001: 176).

Si nos circunscribimos a un plazo de tiempo concreto, entre 2012, año en el que el gobierno aprueba una reforma laboral que es lesiva para los derechos de las personas trabajadoras, y 2018, existe un incremento del número de accidentes de trabajo en las formas de contratación asociadas a la precariedad laboral. El incremento del índice de incidencia en los contratos temporales, que es de un 28'1%, prácticamente quintuplica el incremento que se produce entre las personas que tienen un contrato indefinido, que es de un 6'4%. Pero además, son los

contratos temporales que también son a tiempo parcial aquellos en los que más se incrementa la siniestralidad, que aumenta un 33'3% (Chulvi, 2019).

La precariedad laboral genera igualmente riesgos psicosociales, implicando de por sí daños que afectan a la salud mental y psicológica (López Cabrera, 2015: 346). La temporalidad y la inseguridad existente en torno a todo lo que no sea un contrato indefinido a tiempo completo acaban influyendo en el marco psicosocial del puesto en su conjunto. Esto se deriva de la indefensión y la vulnerabilidad que experimentan las personas trabajadoras con contratos precarios. Existen más dificultades para que la persona trabajadora elabore una estrategia defensiva frente a unas malas condiciones de trabajo si tiene un contrato temporal o poca antigüedad, frente a las personas contratadas de forma indefinida y que lleven más tiempo en la empresa.

Prolongación de jornadas de trabajo más allá de lo establecido en el contrato, independientemente de que éste sea temporal o indefinido, y por lo tanto más allá también de lo planificado por la persona como tiempo de trabajo a efectos de la conciliación de la vida laboral y familiar, generan riesgo psicosocial. Y este riesgo además se ve agravado por la desaparición, en algunos casos, de la solidaridad que se haya generado en el grupo de personas trabajadoras. Vogel (2002), en su análisis sobre las condiciones de trabajo en los centros alemanes de investigación y servicios comerciales de la empresa IBM, afirma que el tiempo de trabajo se supedita a las necesidades de producción y de la flexibilidad que sea necesaria para ello. El resultado es que «los trabajadores que no aguantan ese ritmo son rechazados por el grupo y terminan abandonando la empresa» (Vogel, 2002: 99). A aquellas personas que tengan que conciliar vida laboral y familiar, sus propias compañeras y compañeros dejarán de considerarles parte del proyecto.

La necesidad de conciliación entre la vida laboral y familiar es un fenómeno que afecta en mayor medida a las mujeres trabajadoras. La doble presencia o la doble jornada, en la empresa y en casa, es causa también del incremento de riesgos psicosociales. La doble presencia, por lo menos la vinculada al ámbito de los cuidados, entraña exigencias simultáneas tanto en el trabajo como en la atención a familiares. Ambas exigencias no sólo se dan a la vez, sino que además tienen delimitaciones temporales estrictas. Por ejemplo, si es necesario recoger a un hijo o hija que sale del colegio, es a una hora concreta.

Las mujeres trabajadoras son además un colectivo en el cual los riesgos psicosociales afectan especialmente si se comparan las condiciones de trabajo con las del colectivo de hombres trabajadores. El hecho de que existan menos mujeres trabajadoras en puestos directivos y más en puestos de ejecución, implica que el conjunto de mujeres trabajadoras tienen menos autonomía en sus puestos de trabajo si se compara con el colectivo de hombres trabajadores. Por esto mismo se generan también agravios comparativos entre mujeres y hombres. En el caso

de poder emprender un desarrollo profesional, la media de las mujeres trabajadoras comenzaría su carrera profesional ascendente (se entiende el sentido ascendente como la trayectoria profesional deseable) desde puestos inferiores que la media de los hombres trabajadores.

La brecha salarial, que afecta a las mujeres y que hace que éstas cobren menos salario que los hombres por realizar el mismo trabajo, no sólo tiene un trasfondo de injusticia en lo referido a la retribución económica. Implica además una falta de reconocimiento del trabajo realizado, y esta falta de reconocimiento es causa de riesgo psicosocial. Y todo ello en un contexto en el que, como recuerda Piketty (2014: 280), en la mayoría de los países las mujeres trabajadoras están «masivamente sobrerrepresentadas dentro del 50% de los salarios más bajos».

En el conjunto del estado el escenario es semejante. El riesgo de acercarse a la exclusión social es mayor para las mujeres que para los hombres. Esta posibilidad, que también incide en la generación de dolencias de tipo psicosocial, se relaciona directamente con el mercado de trabajo. La posibilidad de tener un empleo que no saque de la pobreza a una persona afecta más a las mujeres que a los hombres, debido a que las primeras acceden en mayor medida que los segundos a «espacios de ocupación vulnerables desde la óptica de los ingresos» (Vicent, 2018: 257).

En un ámbito más cercano, como es el de la CAV, las diferencias salariales y la brecha de género en el mercado laboral también existen. Tal y como han concluido Larrañaga y Martínez (2017: 243) gran parte de la diferenciación viene originada por el hecho de que «el empleo femenino no encaja con el modelo laboral predominante de carrera laboral sin interrupciones y dedicación plena al trabajo remunerado». Los hombres, no obstante, encajan en mayor medida en las carreras laborales sin interrupciones y en la dedicación plena al trabajo remunerado.

Lo analizado hasta ahora es la forma en la que la precariedad laboral influye en los daños a la salud derivados del trabajo, y los mecanismos concretos de influencia mediante los que estos se producen. Todo ello puede verse incluso agravado si se dan otras realidades características del actual modelo de gestión empresarial. Se analiza a continuación cómo la subcontratación es uno de estos factores.

2.3. Subcontratación y siniestralidad laboral

La subcontratación de obras y servicios por parte de una empresa principal a otra u otras empresas es un modelo que se encuentra detrás de algunos accidentes de trabajo. Que una empresa recurra a otra para la realización de un trabajo, si bien puede parecer necesario y adecuado en un determinado momento si la empresa principal no dispone entre su plantilla de personas preparadas o formadas para la realización de tareas muy puntuales, concretas y específicas, tareas

que además puedan incluso no estar directamente relacionadas con la actividad principal de la empresa, implica que las empresas que aspiran a prestar la obra o servicio van a competir entre sí. Las empresas van a querer hacer sus ofertas más atractivas, lo que un modelo de gestión empresarial cortoplacista entiende como más baratas. Esto conlleva reducir costes, degradando y precarizando las condiciones laborales. Los recortes y los ahorros pueden venir incluso de suprimir, retirar o no implantar medidas preventivas encaminadas a que no se generen daños a la salud de las personas trabajadoras.

Existe un modelo claramente abusivo de subcontratación, como es el que se da cuando una empresa principal subcontrata con otra empresa actividades que son parte intrínseca del proceso productivo o que constituyen la propia actividad de la empresa principal. En estos casos el objetivo es el ahorro de costes económicos por parte de la empresa principal. Este ahorro implica condiciones laborales más precarias para las personas trabajadoras.

Hay casos que ilustran esta realidad, por ejemplo accidentes de trabajo mortales ocurridos en empresas de Bizkaia a lo largo de 2020, como el ocurrido en febrero en Astilleros Zamakona o el ocurrido en septiembre en las instalaciones de Derivados del Flúor, empresa de Castro Urdiales, pero en el que falleció un trabajador de la empresa Sisteinge (empresa de Bizkaia). En ambos casos los trabajadores fallecidos llevaban más de diez años trabajando en las instalaciones de las mismas empresas principales, perteneciendo en todo momento a una empresa subcontratada. Alguien que lleva esa cantidad de años trabajando en las mismas instalaciones de una empresa no está realizando una tarea puntual ajena a la actividad propia de la empresa principal, sino que está realizando una actividad que es parte intrínseca de la naturaleza de la empresa principal.

Además de precariedad laboral, existe un agravio comparativo evidente, puesto que lo que se acaba generando es una fragmentación en el colectivo de personas que trabaja en una empresa. Dos personas realizando el mismo trabajo y estando al lado la una de la otra no van a tener el mismo estatus en la empresa y esto afecta a la proyección de futuro en el trabajo y a la posibilidad de carrera profesional (Zubiri, 2011: 85). Como antes se ha expuesto al hablar de la brecha salarial que sufren las mujeres trabajadoras, la falta de reconocimiento y los agravios comparativos influyen también en la generación de riesgos de tipo psicosocial.

La relación existente entre subcontratación y precariedad laboral se incrementa cuando se dan las denominadas cadenas de subcontratación, típicas, por ejemplo, en el sector de la construcción. La empresa principal subcontrata una obra o servicio a otra empresa, y ésta segunda a su vez se lo subcontrata a una tercera que realiza finalmente el trabajo, o que no lo realiza y lo subcontrata a una cuarta. Así sucesivamente, generándose una cadena de empresas subcontratadas con un número determinado de eslabones en cada caso concreto.

Las cadenas de subcontratación dificultan la coordinación de actividades empresariales para la prevención de riesgos laborales. Esta obligación empresarial afecta a los centros de trabajo en los que concurren personas trabajadoras de dos o más empresas, y viene establecida en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Este precepto legal establece que las empresas han de organizar medios de coordinación para prevenir los riesgos laborales que se den en el centro de trabajo, destacándose la creación de canales adecuados de información entre las empresas y las personas trabajadoras de las mismas y la vigilancia por parte de las empresas principales del cumplimiento por parte de las empresas subcontratadas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Los posibles mecanismos de coordinación vienen desarrollados en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. Estos mecanismos han de ser reales, efectivos y contar con la información de la representación especializada de la plantilla en materia de prevención de riesgos laborales. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia se ha posicionado también sobre este asunto a través de un informe originado² tras la denuncia interpuesta por el sindicato CCOO para esclarecer el accidente laboral sufrido por una trabajadora del BBVA. Se establece de forma textual que «no cabe considerar que la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva, pueda quedar limitada a la mera información recíproca». No es suficiente con que las empresas concurrentes en un centro de trabajo se limiten a intercambiar las evaluaciones de riesgos, por ejemplo.

Cuando en un mismo centro de trabajo, o en un mismo colectivo de personas trabajadoras se entrecruzan la subcontratación con otras formas de precariedad laboral, como es la temporalidad en la contratación o la prolongación de horarios de trabajo más allá de lo pactado, existen aún más factores que puedan propiciar accidentes de trabajo. La negociación colectiva puede, como se expone a continuación, generar mecanismos que ayuden a paliar esta situación.

3. La negociación colectiva como instrumento de mejora de la salud laboral

3.1 La negociación colectiva como garantía de derechos

El derecho del trabajo tiene su origen en el hecho de que en las relaciones laborales existe una relación de subordinación. En la relación hay una parte de por sí más vulnerable, que es la persona trabajadora, y el derecho del trabajo tiene la función de tutelar las condiciones de esa parte más vulnerable.

² Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia (2019) Informe de la de orden de servicio 48/00009056/18.

La negociación colectiva, desde el punto de vista de las personas trabajadoras y de quienes las representan, tiene el mismo objetivo, y en la actualidad tiene también que hacer frente a una nueva concepción del derecho del trabajo, defendida desde ámbitos políticos liberales, que pretende que el objetivo del derecho del trabajo se supedita a la creación de empleo (Bilbao, 1999-1: 81), y cuando hablamos en este contexto de creación de empleo, lo hacemos desde un punto de vista cuantitativo. Vale cualquier tipo de empleo que pueda pasar a formar parte de las estadísticas como empleo creado.

La defensa de unas condiciones de trabajo dignas y la tutela de la persona trabajadora pasan para este nuevo derecho del trabajo a un segundo plano. De ahí la importancia de la negociación colectiva, como instrumento para hacer frente y contrarrestar este nuevo paradigma. También desde el punto de vista de la salud laboral.

La negociación colectiva es un instrumento necesario para evitar que las relaciones laborales se individualicen. La ausencia de negociación colectiva crea un escenario propicio para que surjan lo que Recio (2004) denomina «nuevas pautas de gestión de personal orientadas a individualizar y generar presión sobre el comportamiento de cada empleado». El instrumento de defensa y generación de derechos colectivos desaparece, y las empresas, de forma ya individualizada, pueden generar e implantar condiciones de trabajo más precarias, que acaban afectando como ya se ha explicado a la salud de las personas.

La reforma laboral impulsada por el gobierno del Partido Popular en el año 2012 tenía entre sus objetivos desarticular la negociación colectiva. Se le otorgaba prevalencia aplicativa al convenio de empresa frente al convenio provincial sectorial, lo que acaba por reducir el tamaño del ámbito de negociación y circunscribirlo al centro de trabajo. Como nos dice Laurent Garrouste, «en la ofensiva capitalista contra el derecho del trabajo, la voluntad de centrar la negociación colectiva a nivel de empresa constituye una orientación fundamental» (Garrouste, 2014: 44). No en vano, y por poner un ejemplo, uno de los compromisos que el Consejo de la UE exigió al gobierno griego en 2011 para la concesión de ayudas financieras fue la suspensión de la aplicación de convenios sectoriales, argumentando que facilitaba la adaptación de los salarios en función de las condiciones económicas.

Una vez definida la negociación colectiva como instrumento que mejora las condiciones de trabajo de las personas, veremos la posibilidad de que se generen cláusulas concretas que ayuden a la defensa de la salud laboral.

3.2. Participación de las personas trabajadoras en materia de seguridad y salud en el trabajo

La participación de las personas trabajadoras en materia preventiva en el seno de la empresa es una de las mejores garantías que pueden existir para la im-

plantación de medidas frente a los daños a la salud derivados del trabajo. No en vano, la propia Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, desarrolla esta participación en todo su capítulo V, y otorga un protagonismo especial a las delegadas y delegados de prevención a través de los cuales se canaliza fundamentalmente la citada participación.

Para valorar la importancia de esta figura hay que resaltar las facultades de paralización del puesto de trabajo por riesgo grave e inminente que le otorga el artículo 21 de la propia Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Si bien en este artículo se dice que las propias personas trabajadoras también pueden llevar a cabo la paralización por riesgo grave e inminente, la práctica real, cuando se dan estas circunstancias, muestra que donde hay delegadas y delegados de prevención se encargan de llevar a cabo esta paralización. Donde no existe la representación especializada en esta materia, por el contrario, no suele darse este tipo de paralizaciones de puesto de trabajo.

Esto influye en el hecho de que haya menos daños a la salud en el trabajo en las empresas en las que hay representación especializada en materia de prevención de riesgos laborales. En un estudio que abarca los países de la Unión Europea, Payá y Beneyto (2019) han llegado a la conclusión de que allí donde existe una legislación más avanzada en materia de participación y con mayor cobertura de las personas en la negociación colectiva, se da un índice de accidentes inferior a un 30% de la media. La conclusión es que «la intervención de los sindicatos influye positivamente en la seguridad y salud laboral» (Payá y Beneyto, 2019: 46)

Es posible, desde la negociación colectiva, fomentar mejoras en la participación de las delegadas y delegados de prevención, sobre todo si tenemos en cuenta que la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, remite de forma concreta a ello en su artículo 35. En relación a la designación de delegadas y delegados de prevención, más allá de la designación clásica entre quienes ya son representantes de la plantilla, existe la posibilidad de articular mecanismos de elección que garanticen que la facultad corresponde a las y los representantes del personal o a las personas trabajadoras. Tales mecanismos han de recogerse en el convenio colectivo de aplicación.

Este mismo precepto legal regula también la necesaria existencia en el convenio colectivo de cláusulas sobre la posible creación de órganos que asuman las competencias de las delegadas y delegados de prevención en todos los centros de trabajo en los que se aplique ese convenio colectivo. Esto es de especial interés en la CAV, con un tejido empresarial donde abundan las microempresas, en las que si no hay un mínimo de seis personas trabajadoras no se podrán realizar elecciones sindicales para la elección de representantes de personal.

Una de las facultades fundamentales de las delegadas y delegados de prevención, junto con el control y vigilancia del cumplimiento de la aplicación de me-

didias preventivas y del cumplimiento de la legislación por parte de la empresa, es la colaboración en la realización de la evaluación de riesgos. Si bien la realización de la evaluación de riesgos atañe, como obligación legal, exclusivamente a la empresa, el artículo 36.2.a) de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, establece que es una facultad de las delegadas y delegados de prevención acompañar al personal técnico que realiza las citadas evaluaciones. El objetivo es que se aporte la visión de las personas trabajadoras, y no sólo el punto de vista técnico. Cabe recordar que la evaluación de riesgos es un documento de gran importancia, entre otras cosas porque de ella se deriva la planificación de la actividad preventiva.

El artículo 4.2 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, establece una serie de supuestos en los cuales deberá de revisarse la evaluación de riesgos, como cuando haya cualquier cambio en las condiciones de trabajo, se modifiquen procedimientos o cuando se incorporen personas trabajadoras especialmente sensibles a las condiciones de un puesto de trabajo. Más allá de esto, y no produciéndose estas circunstancias, no existe obligación de revisar la evaluación de riesgos por parte de la empresa. No existe un plazo temporal para revisar la evaluación.

Es aquí donde radica la importancia de la negociación colectiva, y su reflejo en los convenios, estableciendo por ejemplo revisiones que han de darse en plazos concretos de tiempo. Esto garantiza una actualización constante del conocimiento sobre los riesgos, una atención más continua sobre los mismos, la extensión de la cultura preventiva y el seguimiento sobre la implantación de medidas. De estas cláusulas, en términos de prevención, se benefician también personas trabajadoras recién incorporadas a la empresa o pertenecientes a empresas subcontratadas.

Asimismo, mediante la negociación colectiva ha sido posible establecer en determinados convenios cláusulas que incrementen el nivel de protección de las personas trabajadoras de empresas subcontratadas o de otras figuras no pertenecientes a la empresa principal, como las personas de empresas de trabajo temporal. Según recoge el estudio³ del Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (Uberti-Bona *et al.*, 2003: 201) en el Convenio de la Construcción de Navarra hay cláusulas que permiten a las personas trabajadoras de ETT participar en materia preventiva a través de los órganos para tal fin constituidos en la empresa usuaria. Es un ejemplo extensible a las plantillas de las empresas subcontratadas.

³ Es recomendable la lectura del estudio referido, puesto que se trata de una extensa recopilación de cláusulas existentes, o que al menos lo fueron en un momento dado, en gran número de convenios colectivos. En el estudio se hace especial hincapié lo referido a participación y representación de las personas trabajadoras.

El Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Bizkaia⁴ incluye un artículo específico sobre salud laboral, concretamente el 32, que aborda aspectos relevantes. En materia de subcontratación y coordinación de actividades empresariales para la prevención de riesgos laborales, se mantiene una cláusula que figuraba en anteriores convenios, estableciéndose de forma específica que la persona que es delegada de prevención en la empresa subcontratada puede acceder al centro de trabajo de la empresa principal para la comprobación in situ de las condiciones de trabajo. Las personas que son delegadas de prevención también podrán solicitar que se realicen reuniones para la valoración de los medios de coordinación establecidos. Por otra parte, hay una novedad importante, como es la delegación en la comisión mixta del convenio de la creación de una figura denominada «Asistente sectorial de prevención», con posibilidad de intervenir ante casos de accidentes graves o muy graves. Esta figura tiene gran relevancia, puesto que está facultada también para intervenir en empresas en las que no exista representación sindical, como en el caso del gran número de microempresas que hay en el ámbito de aplicación de este convenio.

Participación real y efectiva de las personas trabajadoras en la prevención de riesgos laborales, existencia de delegadas y delegados de prevención e interlocución con la empresa en la implantación de medidas preventivas son aspectos que mejoran la salud laboral y se deben reforzar en las empresas. Pero más allá del centro de trabajo o de la relación laboral, existe otro espacio para mejorar la salud laboral: incidir sobre la gestión de las contingencias profesionales y comunes a través de las mutuas.

3.3. Las mutuas y su incidencia en la gestión de la salud laboral

Existe la posibilidad también de abordar en la negociación colectiva aspectos relativos a las problemáticas que la gestión de las contingencias profesionales, y en muchos casos también de las comunes (enfermedad común y accidente no laboral), por parte de las mutuas ocasiona a las personas trabajadoras. La colaboración de las mutuas en el pago de la prestación de incapacidad transitoria (de aquí en adelante, IT) por contingencias comunes, que pueden llevar a cabo desde 1995, faculta a estas entidades colaboradoras con la Seguridad Social para presionar más a las personas de IT por esta contingencia. Esto puede ocurrir en todas aquellas empresas que hayan dejado la gestión de la contingencia común en manos de las mutuas.

Las mutuas pueden citar de forma arbitraria a las personas trabajadoras en situación de IT por contingencias comunes y, si bien no pueden emitir el alta

⁴ *Convenio colectivo provincial del Sector de la Industria Siderometalúrgica de Bizkaia 2019-2021*, Disponible en: <https://convenioscolectivos.net/industria-siderometalurgica-de-bizkaia/> (Accedido: 5-10-2020)

médica, ya que esta competencia es exclusiva del sistema público de salud, pueden formular propuestas de alta. El artículo 6.2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, redujo a cinco días el plazo con el que contaba el sistema público de salud para contestar a las propuestas de alta de la mutua.

Las personas que están en situación de IT por contingencia común tienen que presentarse a la citación de la mutua correspondiente, y si no se presentasen, la mutua, que es quien gestiona y paga su prestación económica por IT, puede extinguir el pago de la prestación. Esto es un mecanismo de presión de las mutuas hacia las personas que estén en situación de IT por contingencias comunes, porque el hecho de que la legislación no se pronuncie sobre la periodicidad de esas citas a revisión, da lugar a frecuentes abusos por parte de las mutuas.

Este tipo de prácticas por parte de las mutuas se da en las empresas en las que éstas cedieron a aquellas la gestión de la contingencia común. Para poner freno a esto es necesario introducir en los convenios colectivos el compromiso de la empresa de que las contingencias comunes no serán gestionadas por las mutuas, sino que su gestión permanecerá en la Seguridad Social, así como la reversión de este hecho en aquellas empresas que ya hayan cedido la gestión de la contingencia común a la mutua. Se evita así que las personas enfermas en situación de IT por contingencias comunes acaben solicitando el alta médica de forma voluntaria al sistema público de salud, solicitud que en caso de materializarse va en contra de su proceso de recuperación.

La negociación colectiva también permite abordar el establecimiento de indicadores de calidad en el servicio para que la empresa renueve o no el documento de adhesión con la mutua, transcurrido el año natural que dura la vigencia de la adhesión. La empresa es la que elige renovar o no la adhesión con una mutua concreta. Por ello, existen elementos que la representación legal de la plantilla puede plantear a la empresa, que es quien elige la adhesión a la mutua y que puede por tanto evitar o propiciar conflictos en este sentido. Estos indicadores son los siguientes:

- Accesibilidad para los trámites administrativos.
- Información que se da a la persona trabajadora cuando acude a revisión.
- Trabas a la compensación del desplazamiento al lugar en el que se hacen las revisiones médicas en la IT por contingencia común.
- Acceso a la hoja de reclamaciones a quien lo solicite.
- Observancia estricta de las normas de confidencialidad de datos.
- Existencia o no de una comunicación motivada, por escrito y fehaciente previa a las citaciones.
- Calidad y accesibilidad de las instalaciones.

- Existencia o no de una persona interlocutora en la mutua para la resolución rápida de dudas.
- Satisfacción percibida y expresada por las personas usuarias.

Queda también espacio para cláusulas relativas a la codecisión en la elección de la mutua. La elección de qué mutua va a asegurar las contingencias debería ser algo acordado entre plantilla y empresa, y no una elección de la empresa. En este momento, en ausencia de estas cláusulas en los convenios, es una decisión unilateral de la empresa.

El argumento empresarial habitual de que es la empresa quien abona la cotización de las contingencias profesionales de la plantilla, y por tanto ha de elegir la mutua, no se sustenta, puesto que el asegurado es un tercero, la persona trabajadora en este caso. Quien puede acabar sufriendo una mala praxis médica de la mutua y los abusos a los que nos hemos referido en los párrafos anteriores, también es la persona trabajadora.

La codecisión se aborda, constituyendo un buen ejemplo, en el Convenio Colectivo de la Construcción de Álava⁵, que establece en su Disposición Adicional Segunda que la empresa que quiera cambiar de mutua, tendrá que requerir informe previo de la representación legal de la plantilla, el cual deberá ser emitido en el plazo de 15 días, y que si la citada representación legal no lo emite en ese plazo, el informe se entenderá emitido favorablemente. Si este informe fuese negativo o en votación secreta adoptada por dos tercios de la plantilla, se formulase propuesta de cambio de mutua, la empresa deberá remitir a la Comisión Paritaria del Convenio un escrito dando cuenta de la propuesta, comprometiéndose ambas partes a acudir a un procedimiento de resolución de conflicto (PRECO).

Es imprescindible el refuerzo de la participación de la plantilla y sus representantes también en la relación de una empresa con su mutua correspondiente. La negociación colectiva puede, en este sentido, contribuir a garantizar una mejor recuperación de las personas que están en situación de IT. No obstante, existe un problema: la negociación colectiva no llega a todas las personas trabajadoras.

3.4. El reto de incluir plataformas digitales y falsos autónomos en la negociación colectiva

La proliferación de la economía basada en plataformas digitales es también en el presente una característica del mercado del trabajo, y es algo que está configurando unas nuevas relaciones laborales. Si bien la producción bajo demanda,

⁵ *Convenio colectivo para el sector de la construcción y obras públicas de Álava 2017-2020*, Disponible en: <https://www.cnc.es/cc/ccalava.pdf> (Accedido: 6-10-2020)

entendida como no producir bienes o servicios que no hayan sido previamente requeridos por la persona que se quiere hacer con ellos, ya existía, en esta nueva etapa hay una intensificación de este modo de producción. La generación de plataformas digitales que ponen en contacto directamente a la persona prestadora de un servicio con la persona usuaria final es la generación para una sola persona trabajadora de «una multiplicidad de contratos de trabajo, de duración irrisoria, con multitud de empresarios» (Todolí, 2017: 169). Pero es también una huida hacia adelante de empresas que pretenden cumplir simplemente un papel de intermediación, pero que se sirven de las plataformas digitales que han generado para que en la relación con la persona que presta el servicio no se aplique el derecho del trabajo ni exista la negociación colectiva. El conflicto de intereses que existe entre la persona que presta el servicio y la plataforma digital es el mismo que entre persona trabajadora y la empresa en una relación laboral. Solo cambia la forma, en un intento de eludir el derecho del trabajo.

Se construye así una relación en la que surge una figura que no es nueva: la persona que es falso autónomo. En este marco, como es obvio, no hay delegados ni delegadas de prevención debido a que «no reconociendo la relación laboral de las personas que trabajan para ellas, lo primero que limitan estas plataformas es la participación y la representación» (Ríos, 2020). Grave perjuicio, puesto que estas plataformas digitales generan riesgos psicosociales importantes, que derivan de que las personas que prestan el servicio son valoradas por un algoritmo que toma sus propias decisiones y ante el que no se puede protestar ni presentar argumentos. Además, la valoración que las personas usuarias hacen de quien presta el servicio, y que es gestionada de forma directa por el algoritmo, ha ocasionado por ejemplo accidentes de tráfico entre las personas conocidas como «riders», que prestan servicios en plataformas digitales de reparto de comida a domicilio, debido a la necesidad de entregar el pedido lo antes posible para que el algoritmo no les penalice por posibles malas opiniones de las personas usuarias.

Una sentencia del Tribunal Supremo⁶ establece que las personas que prestan este tipo de servicios son falsas autónomas, y que tienen que registrarse por una relación laboral al uso, como es la del régimen general de la Seguridad Social. En el trabajo que se presta a través de plataformas digitales hay aspectos que hacen que esto sea evidente, como que no sea el cliente final quien abone el servicio a quien lo presta, sino la plataforma, que fija igualmente la forma de pago.

Las plataformas digitales no son meras intermediarias como pretenden, sino que son empresas, que organizan la prestación del servicio como otra empresa cualquiera. Como empresas deben aplicar un convenio colectivo, abriéndose las

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo STS 2924/2020, de 25 de septiembre (n.º de recurso 4746/2019) Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03> (Accedido: 3-12-2020)

posibilidades de acción en la negociación colectiva. Desde el punto de vista de la salud laboral la prioridad es, por lo tanto, la organización de las personas trabajadoras en el seno de esas empresas, y que accedan a los derechos de representación y participación a los que hemos aludido anteriormente.

El problema de las personas que desempeñan su tarea como falsas autónomas en relación a la prevención de riesgos laborales no es nuevo. En sectores como el de la construcción prolifera esta figura, que además puede estar inmersa en las cadenas de subcontratación a las que antes nos hemos referido. Esto es anterior a la existencia de las propias plataformas digitales. Los falsos autónomos y falsas autónomas rara vez van a interpelar a la empresa principal para la que trabajan debido a una posible falta de medidas preventivas, y es impensable que se acojan a la paralización del puesto de trabajo por riesgo grave e inminente, a la que hemos aludido en la explicación del artículo 21 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, puesto que esto implicaría la rescisión del contrato por parte de la empresa usuaria para la cual están trabajando (Ríos, 2013: 141). Hablamos, como se ve, y desde hace tiempo, de una figura vulnerable, que la expansión de las plataformas digitales no ha hecho sino extender. Si bien anteriormente, y debido a la naturaleza de la relación existente entre la empresa principal y la persona falsa autónoma, era difícil la intervención de la negociación colectiva para la mejora de las condiciones de trabajo, la sentencia del Tribunal Supremo referida abre una vía para que esta problemática pueda regularse mínimamente, por lo menos en el marco de las plataformas digitales.

La extensión de la negociación colectiva de forma real y efectiva a estos grupos de personas, contribuiría a mejorar sus condiciones de trabajo y también su salud laboral, porque la negociación colectiva sería un freno a la extensión de la precariedad laboral.

4. Conclusiones

Tras revisar las diferentes realidades que existen en torno a la precariedad laboral, se ha podido demostrar que en multitud de ocasiones este fenómeno es causa directa de daños a la salud derivados de las condiciones de trabajo, y que no está circunscrito sólo a la siniestralidad laboral, hecho que se relaciona de forma directa con la temporalidad en la contratación y con la subcontratación de obras y servicios, sino que también influye en la generación de riesgos psicosociales. Además, esta última tipología de riesgos ha de analizarse bajo el punto de vista de género, pues afecta en mayor medida a las mujeres trabajadoras.

La negociación colectiva es un instrumento que para las personas trabajadoras y sus representantes tiene el objetivo de generar derechos que afecten a un número de personas determinado. La conclusión que se extrae tras el análisis

realizado es que para mejorar la salud de las personas y minimizar la existencia de riesgos en el trabajo, es necesario potenciar la participación de las personas trabajadoras.

En el centro de trabajo, la participación se da fundamentalmente a través de las delegadas y delegados de prevención. La legislación establece que esta figura, fundamental e insustituible, tiene un papel importante para canalizar demandas, tanto en el seno de la propia empresa, como hacia otro tipo de entidades, por ejemplo, la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Para la defensa de la salud laboral de las personas trabajadoras, uno de los objetivos de la negociación colectiva pasa por fortalecer esta figura, que puede incidir directamente en la mejora de las condiciones de trabajo del personal subcontratado y en la implantación de medidas preventivas para que no se generen daños a la salud en el trabajo.

Como también se ha expuesto, la participación y la negociación colectiva pueden ayudar a establecer ciertas limitaciones a actuaciones abusivas de la mutua. Hablamos básicamente del control al que las mutuas someten a las personas en situación de IT en caso de contingencias comunes, y que en ocasiones constituyen una injerencia en el proceso de recuperación de una dolencia.

Se ha demostrado asimismo que la generación de derechos, mediante la negociación colectiva, debe alcanzar a las personas prestadoras de servicios a través de plataformas digitales y a aquellas que son falsas autónomas, para contribuir a ordenar las relaciones laborales y a eliminar el dumping social entre personas trabajadoras.

La negociación colectiva, por todo ello, es imprescindible para que se regulen y establezcan unas condiciones de trabajo iguales para todo el colectivo afectado por un convenio colectivo concreto, y no existan personas trabajadoras que se vean en la necesidad u obligación de aceptar unas condiciones de trabajo que sean inferiores a las de otra. Hablamos pues de un instrumento encaminado a poner límite a la precariedad laboral.

En ausencia de negociación colectiva, las relaciones entre empresa y persona trabajadora se individualizan. En este escenario, la parte vulnerable, que es la persona trabajadora, acaba perdiendo derechos y viendo sus condiciones laborales degradadas y precarizadas, lo que se relaciona con la aparición de accidentes y de daños a la salud derivados de las condiciones de trabajo.

La demanda de las personas trabajadoras y el objetivo de sus representantes en la negociación colectiva es el empleo de calidad, con unas condiciones de trabajo que no degraden la vida de las personas. El sociólogo Andrés Bilbao lo explica perfectamente: «aunque nos haga mucha falta un empleo, si sólo pedimos trabajo, lo que estamos pidiendo es un explotador que nos robe la vida» (Bilbao, 1999-2: 12)

Un mercado de trabajo sin precariedad laboral es un objetivo a conseguir, y conlleva un escenario con menos accidentes de trabajo y menos enfermedades profesionales. Es, por tanto, la mejor garantía para el respeto de los derechos de las personas trabajadoras.

5. Bibliografía

- AMABLE, M., BENACH, J. y GONZÁLEZ, S (2001) «La precariedad laboral y su repercusión sobre la salud: conceptos y resultados preliminares de un estudio multimétodos», *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 4, 169-184. Disponible en: https://archivosdeprevencion.eu/view_document.php?tpd=2&ci=1281 (Accedido: 24-9-2020)
- BILBAO, Andrés (1999-1) «La nueva regulación del mercado de trabajo en España», en Prieto, Carlos (ed.), *La crisis del empleo en Europa (Volumen 1)*, Valencia: Germania, 65-82.
- BILBAO, Andrés (1999-2) *El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo*, Madrid: Los Libros de la Catarata.
- CCOO (2007) *La prevención de riesgos en los lugares de trabajo*. ISTAS
- CHULVI, Berta (2019) «Accidentes: la huella más dramática de la precariedad», Por Experiencia, 81. Disponible en: <https://porexperiencia.com/condiciones-de-trabajo/accidentes-la-huella-mas-dramatica-de-la-precariidad> (Accedido: 20-9-2020)
- Convenio colectivo para el sector de la construcción y obras públicas de Álava 2017-2020*, Disponible en: <https://www.cnc.es/cc/ccalava.pdf> (Accedido: 6-10-2020)
- Convenio colectivo provincial del Sector de la Industria Siderometalúrgica de Bizkaia 2019-2021*, Disponible en: <https://convenioscolectivos.net/industria-siderometalurgica-de-bizkaia/> (Accedido: 5-10-2020)
- FINA, Lluís (2001) «El aumento del trabajo a tiempo parcial en Europa. Problemas y oportunidades», en LORENTE CAMPOS, Raúl (ed.), *Trabajo a tiempo parcial*, Valencia: Germania, 87-94.
- GARROUSTE, Laurent (2014) «La crisis y las condiciones de explotación del trabajo en Europa», *Viento Sur*, 134, 41-53. Disponible en: https://vientosur.info/wp-content/uploads/spip/pdf/VS134_L_Garrouste_La_crisis_y_condiciones_de_trabajo_Europa.pdf (Accedido: 19-9-2020)
- LARRAÑAGA SARRIEGI, Mertxe y MARTÍNEZ TOLA, Elena (2017) «Desigualdades económicas de género en la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Ekonomiaz*, 91, 209-247 Disponible en: <file:///C:/Users/78889745/Downloads/Dialnet-DesigualdadesEconomicasDeGeneroEnLaComunidadAutono-6038698.pdf> (Accedido: 31-10-2020)
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31> (Accedido: 4-10-2020)
- LÓPEZ CABRERA, Aida (2015) «Riesgos psicosociales derivados de la precariedad laboral en la CAV: posibles líneas de actuación», *Lan Harremanak*, 32, 337-357 Disponible en: https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/15427/13940 (Accedido: 16-9-2020)
- LORENTE CAMPOS, Raúl y GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración (2018) «Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España. ¿La irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo?», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36, 35-63. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/59556/4564456546787> (Accedido: 26-9-2020)

- PAYÁ CASTIBLANQUE, Raúl (2019) «Contexto económico y determinantes sociales de la accidentabilidad laboral en el sur de Europa. Los casos portugués y español», *e-cadernos CES*, 31, 116-146. Disponible en: [file:///C:/Users/78889745/Downloads/eces-4350%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/78889745/Downloads/eces-4350%20(1).pdf) (Accedido: 25-9-2020)
- PAYÁ CASTIBLANQUE, Raúl y BENEYTO CALATAYUD, Pere J. (2019) «Representación sindical y prevención de riesgos laborales durante la crisis: impacto y límites», *Sociología del Trabajo*, 94, 29-62. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/STRA/article/view/63303/4564456549293> (Accedido: 30-9-2020)
- PIKETTY, Thomas (2014) *El capital en el sigloXXI*, Madrid: Fondo de Cultura Económica
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención*. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/01/17/39> (Accedido: 4-10-2020)
- Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/07/18/625> (Accedido: 1-10-2020)
- RECIO, Albert (2004) «¿Qué fue de la clase obrera?», en *Mientras Tanto*, 93.
- RÍOS, Alfonso (2013) «Trabajadores autónomos y salud laboral: claves de una problemática», en RIOBELLO, Moisés, *El autónomo en la coordinación de prevención en 360.º*, Valladolid: Thomson Reuters Lex Nova, 138-147.
- RÍOS, Alfonso (2020) «Plataformas digitales y reparto a domicilio: un peligro también para la salud laboral de los riders», *Naiz*, Disponible en: <https://www.naiz.eus/es/iritzia/articulos/plataformas-digitales-y-reparto-a-domicilio-un-peligro-tambien-para-la-salud-laboral-de-los-riders> (Accedido: 5-10-2020)
- TODOLÍ, Adrián (2017) «Sobre la llamada economía colaborativa y sus implicaciones laborales y sociales», *Gaceta Sindical*, 29, 159-182
- UBERTI-BONA, Valeria, RODRIGO, Fernando, CAMACHO, Jesus y BRISO, Pedro (2003) *La Salud Laboral en la Negociación Colectiva en España (1995-2002)* ISTAS Disponible en: <http://listas.net/descargas/negociacion.pdf> (Accedido: 2-10-2020)
- VICENT VALVERDE, Lucía (2018) *Precariedad laboral en la economía española. Una perspectiva de género*, Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/49822/1/T40505.pdf> (Accedido: 27-10-2020)
- VOGEL, Laurent (2002) «La organización del trabajo: un ámbito decisivo en la lucha contra los sufrimientos psicológicos», *Lan Harremanak*, Número especial, 93-101. Disponible en https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/5868/5544 (Accedido: 26-9-2020)
- ZUBIRI REY, Jon Bernat (2011) «Precariedad, movimientos de huelga y sindicalismo en Francia», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 1, 70-90. Disponible en: file:///C:/Users/78889745/Downloads/Precariedad_movimientos_de_huelga_y_sindicalismo_e.pdf (Accedido: 3-10-2020)

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES

Collective bargaining and prevention of psychosocial risks

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ*

Universidad de Deusto, España

RESUMEN

El objetivo de este estudio es analizar el tratamiento de los riesgos psicosociales por parte de la negociación colectiva. Para ello, en primer lugar, se define el concepto de riesgo psicosocial y se identifican los distintos tipos de riesgos psicosociales. En segundo lugar, se analiza el papel que puede desempeñar la negociación colectiva en la prevención de riesgos psicosociales. En tercer lugar, se analizan 186 convenios colectivos de distinto ámbito, publicados entre enero y diciembre de 2020, con los siguientes objetivos: contrastar si se definen los riesgos psicosociales, observar qué tipos de riesgos psicosociales se contemplan y de qué modo y analizar el tratamiento que se da a las distintas rutinas preventivas. Por último, las conclusiones recogen los principales resultados de la investigación.

Palabras clave: riesgos psicosociales, negociación colectiva, convenios colectivos.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the treatment of psychosocial risks by collective bargaining. First, the concept of psychosocial risk is defined and the different types of psychosocial risks are identified. Second, the role that collective bargaining can play in preventing psychosocial risks is analyzed. Third, 186 collective agreements of different scope, which have been published between January and December 2020, are analyzed, with the following objectives: contrast if psychosocial risks are defined, observe what types of psychosocial risks are considered and in what way and analyze the treatment given to the different preventive routines. Finally, the conclusions include the main results of the research.

Keywords: psychosocial risks, collective bargaining, collective agreements.

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

Cómo citar: Arrieta Idiakez, Francisco Javier. (2020) «Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales»; *Lan Harremanak*, 44, 238-277. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22326>).

Recibido: 09 diciembre, 2020; aceptado: 13 diciembre, 2020.

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



1. El concepto de riesgos psicosociales

En la legislación española no existe una definición del concepto de riesgos psicosociales. No obstante, son varias las definiciones que pueden tomarse en consideración.

Así, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (AESST) señala actualmente que:

Los riesgos psicosociales se derivan de las deficiencias en el diseño, la organización y la gestión del trabajo, así como de un escaso contexto social del trabajo, y pueden producir resultados psicológicos, físicos y sociales negativos (<https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress>).

Cabe señalar que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) define los riesgos psicosociales conforme a una definición previa de la propia AESST (ITSS, 2012: 11):

Aquellos aspectos del diseño, organización y dirección del trabajo y de su entorno social que pueden causar daños psíquicos, sociales o físicos en la salud de los trabajadores.

Además, la ITSS matiza que la referencia a los riesgos psicosociales se centra única y exclusivamente en una de las vertientes del término psicosocial, a saber, la que afecta a la organización de la empresa y su entorno social que es la que corresponde al ámbito de potestades y responsabilidades del empresario (ITSS, 2012: 12).

Por su parte, en la doctrina científica o de autores se ha considerado que (Igartua Miro, 2017: 3):

El riesgo psicosocial es el hecho, acontecimiento, situación o estado que es consecuencia de la organización del trabajo, y tiene una alta probabilidad de afectar a la salud del trabajador y cuyas consecuencias suelen ser importantes.

En todo caso, debe entenderse que solamente tendrán la naturaleza de riesgo psicosocial los factores psicosociales que, adoptando valores desfavorables o adversos, pueden afectar negativamente a la salud (Meliá, Nogareda *et al.*, 2006: 17).

En ese sentido, la NTP 443 del INSHT titulada *Factores psicosociales: metodología de evaluación* (1997) define los factores psicosociales como:

Aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad de afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo.

Además, acto seguido, dicha NTP concluye que:

Unas condiciones psicosociales desfavorables están en el origen de la aparición tanto de determinadas conductas y actitudes inadecuadas en el desarrollo del trabajo como de determinadas consecuencias perjudiciales para la salud y para el bienestar del trabajador.

Ahora bien, como recuerda la NTP 604 del INSHT titulada *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (II)* (2001), hay que partir de las siguientes tres premisas:

- a) Un factor de riesgo es el que incrementa el riesgo de que se produzca un determinado efecto, por ejemplo, una enfermedad.
- b) La exposición a factores psicosociales de origen laboral no es un elemento necesario ni imprescindible para que se desarrolle la enfermedad.
- c) El efecto puede ser directo, o a través de otros factores de riesgos.

No en vano, la NTP 944 del INSHT titulada *Intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales: principios comunes (I)* (2012) afirma que:

Un factor de riesgo es aquél que incrementa la probabilidad de que ocurra un daño, patología, enfermedad o lesión.

Por ello se ha llegado a matizar que los factores psicosociales no constituyen un riesgo hasta el momento en que se convierten en algo nocivo para el bienestar de la persona trabajadora o cuando desequilibran la relación que este mantiene con el trabajo, con el entorno (Navarro Moros y Salazar Val, 2016, 125).

En consecuencia, es preciso concretar qué factores psicosociales se toman en consideración y, partiendo de los mismos, qué se considera riesgos psicosociales, con el objetivo de identificarlos, evaluarlos y abordarlos a través de la planificación de la actividad preventiva.

Respecto a la primera cuestión, resulta útil la descripción de los factores psicosociales que se recogen en la NTP 926 del INSHT titulada *Factores psicosociales: metodología de evaluación* (2012). Más concretamente, en la misma, se hace referencia a los factores de tiempo de trabajo, autonomía, carga de trabajo, demandas psicológicas, variedad/contenido, participación/supervisión, interés por el trabajo/compensación, desempeño de rol, y relaciones y apoyo social.

Así es como se reconoce el papel que múltiples aspectos de la organización del trabajo desempeñan sobre la salud de las personas trabajadoras, de forma y manera que ello permite avanzar en la consideración de múltiples factores de riesgo (Arastey Sahún, 2012: 3; Charro Baena, 2012: 16-29).

De todos ellos, por todo lo antedicho, solamente serán considerados riesgos psicosociales los que tengan una alta probabilidad de causar daños en la salud de las personas trabajadoras. Se trataría de conductas y actitudes inadecuadas en el desarrollo del trabajo, consecuencia de unas condiciones de trabajo nocivas, que de materializarse desembocarían en determinadas consecuencias perniciosas para la salud y el bienestar de las personas trabajadoras (Romeral Hernández, 2012: 166).

Aunque no haya un consenso unánime sobre la determinación exacta de dichos riesgos, entre otros motivos porque tampoco parece deseable cerrar las puertas a la posibilidad de detectar otros riesgos, en función de la evolución de las distintas formas de interacción entre el medio de trabajo y las personas trabajadoras (Romeral Hernández, 2012: 167) y de que tampoco existe una regulación unitaria sobre esta materia, sí es posible partir de un mínimo consenso respecto a la consideración de algunos riesgos como psicosociales.

Es el caso del estrés laboral, la violencia en el trabajo y la fatiga de las personas trabajadoras derivada de la ordenación del tiempo de trabajo, fundamentalmente del régimen de trabajo nocturno o a turnos (ITSS, 2012:12). También se tiende a considerar como riesgo psicosocial el *burnout* o síndrome de estar quemado por el trabajo, tras haber sido reconocido por la NTP 732 del INSHT titulada *Síndrome de estar quemado por el trabajo «burnout» (III): Instrumento de medición* (2006) como uno de los daños laborales de carácter psicosocial más importante, y al referirse la NTP 705 del INSHT titulada *Síndrome de estar quemado por el trabajo o burnout» (II): consecuencias, evaluación y prevención* (2005) a las graves consecuencias que puede acarrear para la persona trabajadora que padece dicho síndrome. En suma, el *burnout* es al mismo tiempo un daño y un riesgo, en tanto en cuanto puede desembocar en otras enfermedades e incluso en la muerte.

Aunque con un menor reconocimiento, debido a su escaso tratamiento, también el INSHT, así como parte de la doctrina de autores (Quirós Hidalgo y Álvarez Cuesta, 2010: 31-33 y 42-45), considera como riesgos psicosociales la ambigüedad y conflicto de rol, el trabajo emocional y la adicción al trabajo.

2. Concreción de los principales riesgos psicosociales

Una vez identificados los riesgos psicosociales sobre los que existe consenso, a continuación, se hará una breve aproximación a su conceptualización, a través de la correspondiente fundamentación jurídico-técnica.

2.1. Estrés laboral

Comenzando con el estrés laboral, el punto de partida debe ser el Acuerdo marco europeo, de 8 de octubre de 2004, sobre el estrés laboral [SEC (2011)

0241], dado que el mismo se asumió en el ordenamiento jurídico español en el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (ANC 2005) (BOE de 16 de marzo de 2005).

La definición que se ofrece es la siguiente:

El estrés es un estado que se acompaña de quejas o disfunciones físicas, psicológicas o sociales y que es resultado de la incapacidad de los individuos de estar a la altura de las exigencias o las expectativas puestas en ellos.

Igualmente, son importantes las matizaciones que se realizan al respecto, al afirmar que:

El estrés no es una enfermedad, pero una exposición prolongada al estrés puede reducir la eficacia en el trabajo y causar problemas de salud (...). No todas las manifestaciones de estrés en el trabajo pueden ser consideradas como estrés ligado al trabajo. El estrés ligado al trabajo puede ser provocado por diferentes factores tales como el contenido del trabajo, su organización, su entorno, la falta de comunicación, etc.

La importancia de tales matizaciones radica en que, por una parte, permiten identificar el estrés con la definición de riesgo psicosocial previamente ofrecida, y, por otra parte, porque permiten concretar el alcance del estrés en el trabajo, a los efectos de su eventual calificación como riesgo profesional, objeto de prevención por parte del empresario.

Dentro del estrés laboral, y como consecuencia de la utilización de las TIC, dado que estas pueden convertirse en un estresor más, cabe referirse, igualmente, al denominado tecnoestrés, sin perjuicio de que puedan ser susceptibles de ocasionar problemas de distinta índole derivados de su impacto en los puestos de trabajo (Meléndez Morillo-Velarde, 2016: 1). Así, el concepto de tecnoestrés se relaciona con los efectos psicológicos negativos del uso de las TIC y puede ser definido, conforme a la NTP 730 del INSHT titulada *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial* (2006), como:

Un estado psicológico negativo relacionado con el uso de TIC o amenaza de su uso en un futuro. Ese estado viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las TIC.

Además, en la misma NTP 730 del INSHT se matiza que el tecnoestrés alberga diferentes tipos específicos como la tecnoansiedad, la tecnofatiga y la tecnoadicción. Todos ellos se consideran riesgos psicosociales relacionados con el uso de las TIC también en la NTP 1.123 del INSHT titulada *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) III: factores de riesgo psicosocial asociados*

a las nuevas formas de organización del trabajo (2018). Al no darse en esta última una definición de esos distintos tipos de tecnoestrés, siguen siendo válidas las definiciones dadas por la NTP 730 del INSHT.

De este modo, se define la tecnoansiedad como:

El tipo de tecnoestrés más conocido, en donde la persona experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, y siente tensión y malestar por el uso presente o futuro del algún tipo de TIC. La misma ansiedad lleva a tener actitudes escépticas respecto al uso de tecnologías, a la vez que pensamientos negativos sobre la capacidad y competencia con las TICs.

Como tipo específico de la tecnoansiedad se define la tecnofobia, entendida como aquel tecnoestrés que se focaliza en la dimensión afectiva de miedo y ansiedad hacia las TIC.

Por su parte, se señala que la tecnofatiga se caracteriza:

Por sentimientos de cansancio y agotamiento mental y cognitivo debidos al uso de tecnologías, complementados también con actitudes escépticas y creencias de ineficacia con el uso de TICs.

Como tipo específico de tecnofatiga se menciona la fatiga informativa, entendida como la sobrecarga informativa cuando se utiliza Internet que conlleva la aparición del cansancio mental. En ese sentido, la doctrina científica ha concretado que esta fatiga suele darse en teletrabajadores muy especializados que, por su posición o actividad laboral, tienen que manejar a diario una gran cantidad de información para poder tomar decisiones estratégicas para la empresa (Mella Méndez, 2015: 192).

Por último, se define la tecnoadicción como:

La incontrolable compulsión a utilizar TIC en «todo momento y en todo lugar», y utilizarlas durante largos períodos de tiempo.

2.2. *Burnout* o síndrome de estar quemado por el trabajo

En todo caso, conviene diferenciar el estrés laboral del *burnout* o síndrome de estar quemado por el trabajo.

El *burnout*, puede definirse con la NTP 704 del INSHT titulada *Síndrome de estar quemada por el trabajo o «burnout» (I): definición y proceso de generación* (2005) como:

Una respuesta al estrés laboral crónico integrada por actitudes y sentimientos negativos hacia las personas con las que se trabaja y hacia el propio rol profesional, así como por la vivencia de encontrarse emocionalmente agotado.

Efectivamente, como recuerda la NTP 732 del INSHT, anteriormente mencionada:

Mientras que el estrés hace referencia a procesos relativamente breves, el *burnout* es considerado la consecuencia de una situación prolongada de desajuste entre las demandas y los recursos laborales. Además, el burnout implica el desarrollo de actitudes negativas hacia el trabajo y el estrés no necesariamente.

2.3. Violencia en el trabajo

Respecto a la violencia en el trabajo, actualmente debe estarse a la definición fijada sobre «violencia y acoso» en el Convenio OIT núm. 190 sobre la violencia y el acoso (2019). Así, se establece en el artículo 1.1.a) que:

La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Del mismo modo, en el artículo 1.1.b) se matiza que la violencia y el acoso por razón de género incluyen el acoso sexual.

Con fundamento en dicha definición, se reconoce que la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados. En todo caso, queda claro que siempre deben mantenerse los rasgos que caracterizan a ambos conceptos según el propio Convenio, al disponer el artículo 7 que:

Sin perjuicio del artículo 1 y en consonancia con sus disposiciones, todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género.

Sin duda, se trata de una conceptualización novedosa e importante porque, al reconocer que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, se reconoce expresamente su carácter de riesgos psicosociales. Concretamente, de ello deriva la prevalencia del elemento objetivo, es decir, el que se pueda causar un daño, y, en consecuencia, la no necesidad de tener que probar una intencionalidad lesiva o una finalidad discriminatoria (Pons Carmena, 2020: 40). Además, no se requiere reiteración en los comportamientos y prácticas que conducen a la violencia y acoso.

Todo ello conlleva la necesidad de reflexionar sobre los conceptos de acoso y violencia en lugar de trabajo que son de aplicación en España, con el objetivo de saber si se ajustan a los mínimos establecidos por el Convenio OIT núm. 190.

Comenzando con el concepto de acoso, y dadas las múltiples variantes que presenta en el ordenamiento jurídico español, de entrada, debe considerarse que la definición de acoso discriminatorio que contempla la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre de 2003) no plantea ningún problema por su amplio radio de acción (Martín Valverde, 2009: 123). En concreto, la definición exacta reza como sigue (*cf.* artículo 28.1.d):

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.

Otro tanto debe concluirse para con la definición de acoso por razón de discapacidad que ofrece el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre 2013) (*cf.* artículo 2.f):

Toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

En la misma línea, la misma conclusión procede para con las definiciones que tipifica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007) en torno al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Así, se entiende por acoso sexual (*cf.* artículo 7.1):

Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Por su parte, se entiende como acoso por razón de sexo (*cf.* artículo 7.2):

Cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Sin embargo, no puede concluirse lo mismo respecto al concepto de acoso moral en el trabajo.

De entrada, debe recordarse que en España no existe una definición legal de dicha modalidad de acoso, ni siquiera una referencia a la misma en la legislación laboral, con la excepción 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 Em-

pleado Público (BOE de 31 de octubre de 2015) que se refiere indistintamente al acoso moral y al laboral (*cf.* artículos 14.h, 95.2.b y 95.2.o). Con todo, parece que lo correcto es diferenciar en el ámbito laboral dos especies de acoso, a saber, el moral y el sexual, además del acoso discriminatorio (Quirós Hidalgo y Álvarez Cuesta, 2010: 45).

Ahora bien, podría entenderse por acoso moral en el trabajo la definición de acoso que se recoge en el Acuerdo marco europeo, de 26 de abril de 2007, sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo [COM (2007) 686 final], y que fue incorporada en España, como sigue, a través de la prórroga para el año 2008 del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (ANC 2007) (BOE de 14 de enero de 2008):

Existe acoso cuando de uno o más trabajadores o directivos, repetida y deliberadamente, se abusa, se les amenaza y/o se les humilla en circunstancias relacionadas con el trabajo.

En el estricto ámbito de la prevención de riesgos laborales también puede mencionarse la NTP 854 del INSHT titulada *Acoso psicológico en el trabajo: definición* (2009). Aunque prefiera hablarse de acoso psicológico en el trabajo, más que de acoso moral en el trabajo, se considera por tal:

La exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas, por parte de otra/s que actúan frente a aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud.

Pero, principalmente, ha sido la jurisprudencia la que ha elaborado una definición del acoso moral en el trabajo. En ese sentido, cabe destacar la STSJ de Madrid (4.^a), de 4 de abril de 2014 (núm. rec. 27/2014), pues, además, de proceder a su definición, se pronuncia sobre los elementos que integran dicha definición, como puede apreciarse a continuación:

«El acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, requisito este el de la permanencia en el tiempo tradicionalmente aceptado en nuestra doctrina judicial [STSJ del País Vasco (4.^a), de 20 de abril de 2002; STSJ de Galicia (4.^a), de 8 de abril de 2003; STSJ de Canarias/Las Palmas (4.^a), de 28 de abril de 2003] y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin. Son, por tanto, elementos básicos de este anómalo proceder humano, de una parte, la intencionalidad o elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio a la integridad moral del otro, aunque no se produzca un daño a la salud mental del trabajador, (el concepto de integridad moral es distinto del de salud) requisito este, siempre exigido en este irregular comportamiento o actitud y, de otra parte, la reiteración de esta

conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un período de tiempo. Lo importante es que el comportamiento sea objetivamente humillante, llevando así implícito el perjuicio moral (...).

Con todo (...) la duración o reiteración deberá determinarla el intérprete en cada supuesto concreto, y no resulta imprescindible que quienes acosan lo hagan por una intencionalidad u objetivo, es suficiente [que] los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante.

Lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana, machaca, fustiga, atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue o arrincona) 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.

En este orden de ideas, en definición a nuestro modo de ver muy clarificadora, se ha definido doctrinalmente el acoso moral como «comportamientos, actos o conductas llevados a cabo por una o varias personas en el entorno laboral que, de forma persistente en el tiempo, tiene como objetivo intimidar, apocar, amilinar y consumir emocionalmente e intelectualmente a la víctima, con vistas a forzar su salida de la organización o a satisfacer la necesidad patológica de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador como medio de reafirmación personal».

El acoso laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea esta de un superior o de un compañero —acoso vertical y horizontal— que sea sentida y percibida por el trabajador acosado al que causa un daño psíquico real que le hace perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional.

Pero no toda actitud de tensión en el desarrollo de la actividad laboral puede merecer el calificativo de acoso moral. Hemos de distinguir lo que es una conducta de verdadera hostilidad, vejación y persecución sistemática de lo que puede ser la exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, o un ejercicio no regular del poder directivo empresarial, pero que no pretende socavar la personalidad o estabilidad emocional del trabajador.

No puede, en su consecuencia, confundirse el acoso moral con los conflictos, enfrentamientos y desentendidos laborales en el seno de la empresa por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos. El conflicto, que tiene sus propios cauces de solución en el Derecho del Trabajo, es inherente a este, al menos en una concepción democrática y no armnicista de las relaciones laborales (...).

Tampoco el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, la precariedad del empleo y la falta de estabilidad laboral, debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado.

Ni siquiera, con todo lo repudiable que pueda ser, manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral».

Recientemente, la STC 56/2019, de 6 de mayo, ha establecido una serie de criterios a efectos de valorar la posible vulneración del derecho fundamental a la integridad moral —que desde luego resulta inherente al derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo— que confirman el valor de la STSJ de Madrid (4.^a), de 4 de abril de 2014, sin perjuicio de que flexibiliza algunos de los elementos definitorios que ofrece la misma. Precisamente, a raíz de esa flexibilización puede decirse que se acerca a la definición ofrecida sobre «violencia y acoso» que contempla el Convenio OIT núm. 190. En efecto, según el TC (F.D. 5.º):

Hay que determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento *intención*); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento *menoscabo*) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento *vejación*). Faltando este último elemento, no habrá trato «degradante», pero solo podrá descartarse la vulneración del artículo 15 de la Constitución si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (*legalidad*), responde a un fin constitucionalmente legítimo (*adecuación*), constituye la alternativa menos restrictiva (*necesidad*) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (*proporcionalidad en sentido estricto*).

En efecto, de los extractos que se han subrayado se observa que, en sintonía con la definición ofrecida por el Convenio OIT núm. 190, no es necesario que se llegue a causar un daño y la intencionalidad de dañar no es un requisito imprescindible.

Ahora bien, al margen de tales criterios, el hecho que todas las definiciones sobre el acoso moral en el trabajo que se han mencionado a la luz del ordenamiento jurídico español requieran la reiteración en el comportamiento del acosador hace que quiebre la sintonía con la definición del Convenio OIT núm. 190.

Analizada la conceptualización que ofrece el ordenamiento jurídico español sobre el acoso en el trabajo, debe centrarse la atención en la conceptualización que se realiza sobre la violencia en el trabajo.

A tal efecto, nuevamente debe acudir, por las razones antedichas, a lo dispuesto por el Acuerdo marco europeo, de 26 de abril de 2007, sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo. Al respecto, se señala que:

Existe violencia cuando uno o más trabajadores o directivos son agredidos en circunstancias relacionadas con el trabajo.

Si bien conforme a esta definición podría entenderse que la violencia en el lugar de trabajo se refiere a agresiones físicas, en realidad, en sintonía con el

hecho de que el Convenio OIT núm. 190 define conjuntamente «violencia y acoso», debe superarse esa idea. Es lo que se deduce también de la NTP 489 del INSHT titulada *Violencia en el lugar de trabajo* (1998), cuando señalar que:

El concepto de violencia debe ser más amplio que el de la mera agresión física (pegar, golpear, empujar, disparar...) y debe incluir y comprender otras conductas susceptibles de violentar e intimidar al que las sufre. Así, la violencia en el trabajo incluiría, además de las agresiones físicas, las conductas verbales o físicas amenazantes, intimidatorias, abusivas y acosantes.

Como puede advertirse, esta noción de violencia en el lugar de trabajo acoge también al acoso. Es decir, sería posible articular también en el ordenamiento jurídico español una definición conjunta para «violencia y acoso», en la línea del Convenio OIT núm. 190.

Igualmente, como advierte la NTP 489 del INSHT, es importante tener en cuenta que el hecho de que un acontecimiento de violencia se produzca en el lugar de trabajo no tiene porqué significar necesariamente que tal suceso sea un resultado directo de la propia actividad laboral. Lo importante es que tal acontecimiento se produzca bajo la premisa de la actividad laboral. Por ello, la NTP 489 del INSHT, acoge los tres tipos de violencia a los que se refiere la *California Division of Occupational Health and Safety (Cal/OSHA)*, atendiendo a quiénes son las personas implicadas y el tipo que las relaciona entre sí. De este modo, el primer tipo de violencia se produce cuando la persona trabajadora sufre la violencia producida por personas que no tienen con ella ninguna relación de trato, como sucede con las acciones relacionadas con los robos. En el segundo tipo de violencia existe algún tipo de relación profesional entre el causante del acto violento y la víctima, de forma y manera que los hechos violentos se producen mientras que la víctima ofrece el correspondiente servicio. En el tercer tipo de violencia el causante de la violencia mantiene algún tipo de implicación laboral con el lugar afectado o con alguna persona trabajadora de tal lugar.

2.4. Fatiga de las personas trabajadoras

La fatiga de las personas trabajadoras es la que se vincula a la ordenación del tiempo de trabajo, ya sea bien por exceso de tiempo de trabajo o por la falta del descanso. Suele manifestarse principalmente en los trabajos nocturnos o a turnos, así como en las situaciones de reiterada prolongación de la jornada laboral o falta del debido descanso interjornadas (ITSS, 2012:14).

Así pues, la estructura temporal del trabajo se convierte en el elemento esencial, pues la fatiga trae causa de su organización inadecuada. Al respecto, la norma ISO 10075, titulada *Principios ergonómicos relacionados con la carga de trabajo mental* (1991), define el término fatiga como sigue:

La alteración temporal de la eficiencia funcional de la persona. Esta alteración es función de la actividad previa (esfuerzo mental realizado: atención, concentración, memoria, etc.) y de su estructura temporal.

En todo caso, tal y como advierte la NTP 732 del INSHT titulada *Síndrome de estar quemado por el trabajo «burnout» (III): Instrumento de medición* (2006), debe diferenciarse la fatiga del *burnout*, pues:

La recuperación de la fatiga por parte del trabajador es relativamente rápida, mientras que la recuperación del *burnout* es mucho más lenta y costosa emocionalmente (...). La fatiga suele ir acompañada de sentimientos de competencia y realización personal, mientras que el *burnout* conlleva una auto-evaluación negativa y sentimiento de ineficacia laboral.

Centrando la atención en los trabajos nocturnos y a turnos, para comprender la fatiga que pueden producir si no se organizan correctamente, conviene tener en cuenta los inconvenientes que presentan, precisamente, para que puedan diseñarse de manera que sean lo menos nocivo posibles para la salud de las personas trabajadoras afectadas. Para ello resulta interesante la toma en consideración de la NTP 455 del INSHT titulada *Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos* (1997), pues al referirse a los inconvenientes de estas modalidades de trabajo, por una parte, se señala que en los mismos se ve alterado el equilibrio biológico, por el desfase de los ritmos corporales y por los cambios en los hábitos alimentarios, y, por otra parte, se advierte de las perturbaciones en la vida familiar y social. Más concretamente, en lo referente al equilibrio biológico se llama la atención sobre las consecuencias de alterar el sueño, al señalar que:

En el turno de mañana, al tener que despertarse demasiado pronto y acortar las últimas horas de sueño, se reduce el sueño paradójico, mientras que en el turno de noche, al alterar el ritmo sueño/vigilia, y a causa de la mayor dificultad de dormir de día (...) se observa una reducción del sueño profundo, con lo que se dificulta la recuperación de la fatiga física.

Por consiguiente, la falta de descanso constituye la principal causa de la fatiga. Así se reconoce, por ejemplo, en la NTP 445 del INSHT titulada *Carga mental de trabajo: fatiga* (1997), al afirmar que:

La fatiga provocada por el trabajo es una manifestación (general o local) de la tensión que este produce y suele eliminarse mediante un adecuado descanso.

En la misma línea, también debe destacarse la NTP 916 del INSHT titulada *El descanso en el trabajo (I): pausas* (2011), en primer lugar, porque profundiza en la idea de que el descanso es consustancial al trabajo. En segundo lugar, porque estructura la fatiga laboral en tres tipos, a saber:

- a) La fatiga física o biomecánica: derivada de los esfuerzos musculares, de la posición de trabajo, de los movimientos repetitivos y del manejo manual de cargas.
- b) La fatiga psíquica: deriva principalmente de la sobrecarga mental del trabajo, o sea, de la presión en el trabajo y todo lo que comporte estrés, la carga mental propiamente dicha por el procesamiento continuado de información, y, finalmente, las tensiones derivadas de la organización del trabajo y las relaciones laborales. Igualmente, forman parte de este tipo de fatiga la rutina y la falta de autonomía y contenido del trabajo.
- c) La fatiga derivada de las condiciones ambientales adversas, fundamentalmente por agentes físicos: ruido, vibraciones, radiaciones, calor, frío e iluminación.

La conclusión de la NTP 916 del INSHT se centra en la importancia de las pausas y del descanso, al señalar que:

Una de las principales causas de la acumulación de fatiga es la falta de pausas, siendo muy importante tanto en cantidad (importancia del conocimiento de los tiempos de reposo) según el esfuerzo efectuado, como en calidad (diseño de los espacios), es decir, la fatiga es un mecanismo de defensa del organismo que nos indica que debemos descansar.

Como ha podido observarse la carga mental se incluye en la fatiga, en su modalidad psíquica. Sin embargo, debido a las importantes particularidades que presenta, el INSHT le ha dedicado una especial atención.

De este modo, la NTP 179 del INSHT titulada *La carga mental del trabajo: definición y evaluación* (1986), diferencia la carga mental de la carga física, al señalar que:

La carga mental está determinada por la cantidad y el tipo de información que debe tratarse en un puesto de trabajo. Dicho de otro modo, un trabajo intelectual implica que el cerebro recibe unos estímulos a los que debe dar respuesta, lo que supone una actividad cognitiva.

En la misma línea, la NTP 544 del INSHT titulada *Estimación de la carga mental de trabajo: el método NASA TLX* (2000) define la carga mental como:

La cantidad de esfuerzo deliberado que debemos realizar para conseguir un resultado concreto.

Es la NTP 445 del INSHT titulada *Carga mental de trabajo: fatiga* (1997) la que define la fatiga mental como:

La alteración temporal (disminución) de la eficiencia funcional mental y física; esta alteración está en función de la intensidad y duración de la actividad precedente y del esquema temporal de la presión mental.

Por su parte la NTP 534 del INSHT titulada *Carga mental del trabajo: factores* (1999), es de gran ayuda de cada a considerar los factores que pueden conllevar a la carga mental, y, por ende, a la fatiga psíquica, como riesgo psicosocial. Se parte de la circunstancia de que en cada trabajo los factores que contribuyen a la carga de trabajo mental y que ejercen presiones sobre la persona que lo desempeña son muy diversos. Además, se recuerda que tales factores deben identificarse para cada puesto o situación de trabajo concreta. Por ello, se agrupan los factores según procedan de las exigencias de la tarea, de las circunstancias de trabajo (físicas, sociales y de organización), del exterior de la organización. Así, se llega a la conclusión de que:

La carga de trabajo mental puede ser inadecuada cuando uno o más de los factores identificados es desfavorable y la persona no dispone de los mecanismos adecuados para afrontarlos.

En cualquier caso, se advierte que las características individuales influyen en la tensión que provocan en la persona las distintas presiones que recaen sobre ella. Concretamente, se consideran características individuales el nivel de aspiración, la autoconfianza, la motivación, las actitudes y los estilos de reacción; las capacidades, la cualificación/capacitación, los conocimientos y la experiencia; la edad, el estado general, la salud, la constitución física y la nutrición; y el estado real y el nivel inicial de activación.

2.5. Ambigüedad y conflicto de rol

El riesgo psicosocial de la ambigüedad y conflicto de rol, como manifiesta su propia denominación, se integra de dos elementos que deben diferenciarse. A tal efecto resulta aclarativa la NTP 388 del INSHT titulada *Ambigüedad y conflicto de rol* (1995).

Así, respecto la ambigüedad de rol se establece que:

Se refiere a la situación que vive la persona cuando no tiene suficientes puntos de referencia para desempeñar su labor o bien estos no son adecuados. En definitiva, dispone de una información inadecuada para hacerse una idea clara del rol que se le asigna, bien por ser incompleta, bien por ser interpretable de varias maneras, o bien por ser muy cambiante (...). Tal información debería tratar sobre el propósito u objetivos de su trabajo, su autoridad y sus responsabilidades, su estilo de relación y comunicación con los demás, etc.

Sus manifestaciones como riesgo psicosocial se relacionan con mayor tensión y descontento en el trabajo, baja autoestima, ansiedad y algunos síntomas de depresión. Al mismo tiempo puede ser fuente de estrés.

En cambio, el conflicto de rol se produce cuando hay demandas, exigencias en el trabajo que son entre sí incongruentes o incompatibles para realizar el trabajo. Especial atención merece para la NTP 388 del INSHT, como origen del conflicto de rol, la existencia de distintos roles en una misma persona y la imposibilidad de compatibilizarlos adecuadamente, dando lugar a lo que se denomina «sobrecarga de rol», es decir, que las demandas del conjunto de roles que desempeña una misma persona entran en conflicto con el tiempo de que dispone y, por ello, exceden su capacidad de respuesta, ya sea debido al excesivo número de tareas requeridas o a la naturaleza de las mismas. Por ello, se afirma que, de no llevarse a cabo un ajuste, jerarquizando con algún criterio los distintos roles, puede surgir una situación insatisfactoria, que se vive como un conflicto de roles.

2.6. Trabajo emocional

El trabajo emocional, como riesgo psicosocial puede definirse como (Martínez Iñigo, 2001: 138):

Aquellos procesos psicológicos y conductas, conscientes y/o automáticas, que se derivan de la existencia de normas organizacionales sobre la expresión emocional, sobre la experiencia emocional o sobre ambas, que regulan las distintas interacciones implicadas en el desempeño de un puesto y que pretenden facilitar la consecución de objetivos organizacionales sobre la expresión emocional asociados con el logro de otros objetivos, operativos y/o simbólicos, de mayor orden.

Se trata de una definición que asume para sí la NTP 720 del INSHT titulada *El trabajo emocional: concepto y prevención* (2006), y que resume como sigue:

El trabajo (o esfuerzo) emocional realizado por el empleado en su trabajo responde a demandas emocionales concretas, que vienen reguladas por un conjunto de normas organizacionales sobre cómo debe comportarse el empleado en su interacción con el cliente/usuario.

La NTP 720 del INSHT vincula directamente este riesgo psicosocial al sector servicios, al entender que en los trabajos de prestación de servicios las personas trabajadoras no solo deben realizar tareas físicas o mentales, sino que también deben expresar emociones durante las interacciones que realizan cara a cara (o voz a voz, si es por teléfono) con sus receptores del servicio. Así, durante esas interacciones intentan crear ciertas impresiones, mostrando las emociones «apropiadas» para la situación o para que su imagen no se vea amenazada.

Entre las implicaciones que conlleva el trabajo emocional se destaca que puede producir *burnout*, pero también la alienación y extrañamiento del yo, es decir, tener problemas para distinguir cuando es uno mismo o cuando está simulando o, incluso, producir interferencia con la ejecución de roles privados, dificultad para desconectar y regular emociones en el ámbito privado, así como dolencias psicósomáticas.

2.7. Adicción al trabajo

La adicción al trabajo se define por la NTP 759 del INSHT titulada *La adicción al trabajo* (2007) como:

Un daño psicosocial caracterizado por el trabajo excesivo debido fundamentalmente a una irresistible necesidad o impulso de trabajar constantemente.

Además, se matiza que esta adicción no termina cuando acaba la jornada de trabajo, sino que supone que el adicto al trabajo se lleve trabajo a casa, trabaje los fines de semana, durante las vacaciones e incluso estando enfermo, y que aun sin estar trabajando esté pensando en temas laborales.

Las principales características de las personas adictas al trabajo se identifican en la alta importancia y significado que presenta el trabajo para las mismas; en su alta vitalidad, energía y competitividad; en trabajar más de lo exigido; en el alto nivel de control sobre su trabajo sin capacidad para delegar; en la comunicación interpersonal deficiente; y en la vinculación de su autoestima a los resultados positivos de su trabajo.

Las consecuencias de la adicción al trabajo se consideran un daño psicosocial, pues conlleva consecuencias negativas para la persona del trabajador como ansiedad, conductas compulsivas y el aislamiento social.

3. El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos psicosociales

El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales, en general, y de los riesgos psicosociales en particular, consiste en el desarrollo y complemento de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) (BOE de 10 de noviembre de 1995), con fundamento en su artículo 1 (Botana López, 1997: 29). Más allá de esta evidencia normativa, se considera que la negociación colectiva constituye un marco idóneo de regulación de cuestiones que tienen que ver con las condiciones de seguridad y salud laboral (Goñi Sein, 2013, 45).

En todo caso, el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible que declara el artículo 2 de la LPRL, no solo de la propia LPRL, sino que también de

sus reglamentos, hace que el nivel de protección resultante de esta normativa no pueda ser reducido mediante la negociación colectiva (Botana López, 1997: 33).

De ahí que la negociación colectiva también pueda cumplir una importante función de mejora. En último término, la negociación colectiva constituye una institución dinámica y una herramienta apropiada para asimilar y adaptar permanentemente los cambios en la organización del trabajo y los riesgos que la misma conlleva, facilitando así la sensibilidad por la prevención de riesgos psicosociales, la información y formación en torno a los mismos y la participación de los representantes de las personas trabajadoras en su organización y gestión (Mercader Uguina y Muñoz Ruiz, 2002: 2-3, 9-10 y 16-18; Romeral Hernández, 2012: 165).

En ese sentido, la negociación colectiva puede identificar los posibles riesgos psicosociales para su evaluación en el ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo, precisamente, en función de las características que son propias en cada sector e incluso en cada empresa. Se trata de que la negociación colectiva ponga las condiciones para que estos riesgos se evalúen (Charro Baena, 2012: p. 25; Triguero Martínez, 2019: 59).

Los fundamentos jurídicos para ello se encuentran en distintos preceptos de la LPRL y del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) (BOE de 31 de enero de 1997), así como en otras normas que se comentan a continuación:

- a) El artículo 4 de la LPRL establece que la prevención tiene por finalidad evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, entendiéndose por tales los que puedan ocasionar a las personas trabajadoras un determinado daño derivado del trabajo. Se especifica que tienen la consideración de daños derivados del trabajo las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo. Al respecto, cobra especial importancia la definición que se da de condición de trabajo, pues se entiende por tal cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgo para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. Además, se incluyen específicamente en dicha definición todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto la persona trabajadora.

No cabe duda de que los riesgos psicosociales pueden ocasionar un daño derivado del trabajo, en la medida en que el propio trabajo es el origen del riesgo, y, más concretamente, la forma en la que se organiza el mismo.

De ahí deriva que la evaluación de los riesgos psicosociales deba centrarse en el análisis de las condiciones de trabajo de carácter psicosocial,

para lo que resulta esencial concretar previamente los riesgos psicosociales que puedan darse en cada sector y/o empresa.

- b) Una vez identificados los correspondientes riesgos psicosociales, en virtud del artículo 14 de la LPRL el empresario tiene el deber de proteger a las personas trabajadoras de tales riesgos, en tanto en cuanto son riesgos laborales. No cabe duda de que los riesgos psicosociales constituyen riesgos laborales porque el apartado 2 de dicho precepto dispone que, en cumplimiento del deber de protección, el empresario debe garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Concretamente, se establece que dicha protección debe llevarse a cabo por el empresario a través de la prevención de riesgos laborales para lo que deberá integrar la actividad preventiva en la empresa y adoptar cuantas medidas sean necesarias.
- c) El empresario, para prevenir los riesgos laborales debe aplicar las distintas técnicas o ciencias de prevención (actividades preventivas), entre las que se encuentra la Psicociología, técnica no médica cuyo objetivo es prevenir y corregir la insatisfacción en el trabajo como fuente de riesgos (Viñas Armada, 2007: 22). Su materialización también puede concretarse vía negociación colectiva, pero, en todo caso, deben respetarse los principios de la acción preventiva a los que se refiere el artículo 15 de la LPRL, entre los que se encuentra, precisamente, el principio de evaluación. Este principio parte de que los riesgos que no pueden evitarse han de ser evaluados, es decir, analizados y jerarquizados conforme a la probabilidad y peligrosidad, tanto al comienzo de la actividad, como periódicamente, y siempre teniendo en cuenta la evolución de la técnica.
- d) El artículo 3 del RSP desarrolla el principio de evaluación, al establecer que la evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse. El empresario está obligado a consultar a los representantes de los trabajadores acerca del procedimiento de evaluación a utilizar. Ello, no obstante, la negociación colectiva puede ir más allá de la mera consulta y convertirse en un medio para fijar el método de evaluación adecuado de los riesgos psicosociales (Romeral Hernández, 2012: 183). Respecto a la elección de los métodos de evaluación debe considerarse, además, lo preceptuado en el artículo 5.3 del Real Decreto 39/1997, pues abre las puertas a la toma en consideración de métodos y criterios fijados en Normas UNE, Guías del INSHT o ins-

tituciones competentes de las Comunidades Autónomas, normas internacionales e incluso, vía artículo 5.2, en las propias NTP del INSHT.

- e) El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017 (BOE de 20 de junio de 2015), prorrogado por el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 18 de julio de 2018), resulta útil para reconocer como riesgos psicosociales el estrés laboral y la violencia en el trabajo. Además, se remite a los contenidos sobre ambos riesgos que recogen el Acuerdo marco europeo, de 8 de octubre de 2004, sobre el estrés laboral y el Acuerdo marco europeo, de 26 de abril de 2007, sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo (*supra* 2), al establecer que tales contenidos debieran servir de referencia cuando se aborden estas materias en los convenios.
- f) El artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007) establece que el diagnóstico negociado con la representación legal de las personas trabajadoras que debe realizarse como soporte de los planes de igualdad, debe contener, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Por su parte, el artículo 7.1 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE de 14 de octubre de 2020), tras señalar que el resultado del proceso de toma y recogida de datos en que consiste el mencionado diagnóstico constituye la primera fase del plan de igualdad, se centra en la importancia de dicho diagnóstico, al afirmar que el mismo permite obtener la información precisa para diseñar y establecer las medidas evaluables que deben adoptarse, la prioridad en su aplicación y los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento. Precisamente, un resumen del análisis realizado y de sus principales conclusiones y propuestas debe incluirse en un informe que formará parte del plan de igualdad. Es más, el artículo 8 del Real Decreto 901/2020 no solo incide en que el plan de igualdad debe contener las medidas que resulten necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico, sino que también permite que se incorporen en el mismo medidas relativas a materias no enumeradas en el artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007. Igualmente, importante resulta el Anexo que contiene el Real Decreto 901/2020, bajo la rúbrica «Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico», porque fija los criterios que deben cumplirse al elaborar el diagnóstico. Pero, sobre todo, y lo que es más importante, establece que el procedimiento de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo formará parte de la nego-

ciación del plan de igualdad. Es más, se fija el contenido que, en todo caso, deben contemplar los procedimientos de actuación:

- Declaración de principios, definición de acoso sexual y por razón de sexo e identificación de conductas que pudieran ser constitutivas de acoso.
- Procedimiento de actuación frente al acoso para dar cauce a las quejas o denuncias que pudieran producirse, y medidas cautelares y/o correctivas aplicables.
- Identificación de las medidas reactivas frente al acoso y en su caso, el régimen disciplinario.

Por todo ello, el papel de la negociación colectiva a la hora de concretar todos esos contenidos resulta una vez más esencial.

Pero más allá de prevención del acoso sexual y por razón de sexo, como riesgos psicosociales perfectamente identificados, la negociación colectiva en general, y los planes de igualdad, en particular, se convierten en una herramienta de gran alcance para integrar la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres como elemento a ser evaluado para prevenir también otros riesgos psicosociales que afectan, muy especialmente, a las mujeres. En último término, se trata de que el factor género no quede desatendido en el marco de la prevención de riesgos laborales. No en vano, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 consagra el principio de especificidad por razón de sexo en las políticas preventivas, cuando, al referirse a las personas trabajadoras vulnerables y a los colectivos específicos, señala que:

La creciente incorporación de la mujer al trabajo en las últimas décadas hace necesario promover un enfoque de género en las actividades preventivas, que permita detectar particularidades y garantizar su protección.

Del mismo modo, dentro de las líneas de actuación y medidas propuestas, dicha Estrategia, al referirse a la promoción de la seguridad y salud de colectivos específicos de personas trabajadoras, recoge expresamente la necesidad de:

Impulsar la integración de aspectos de género en la actividad preventiva, especialmente en sectores con mayor presencia de la mujer.

En concreto, los elementos a considerar desde la perspectiva de género en la evaluación de riesgos psicosociales serían, principalmente, los relacionados con las características del empleo (mayores niveles de contratos parciales y temporales), los trabajos desempeñados (segregación de tareas horizontal y vertical, menores salarios, posibilidades de promoción y formación) y características de la vida extralaboral (mayor realización de trabajo doméstico) [Ficha Técnica de

Prevención 35 del Instituto Navarro de Salud Laboral (INSL) titulada *Mujeres y Salud Laboral. Prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género. Propuestas de intervención* (2011); Grau Pineda, 2017: 37-42)].

En suma, la evaluación psicosocial se convierte en un instrumento de diagnóstico sobre la igualdad de trato y no discriminación, de forma y manera que ambas acciones preventivas quedan integradas (Velázquez Fernández, 2019: 148).

Identificados, definidos y evaluados los correspondientes riesgos psicosociales debe procederse al cumplimiento del resto de principios de acción preventiva contemplados en el artículo 15 de la LPRL, entre los que deben destacarse los siguientes:

- a) Combatir los riesgos en su origen: la negociación colectiva puede jugar un papel importante al contemplar los correspondientes protocolos de actuación y medidas disuasorias.
- b) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud. Se trata de un principio que la negociación colectiva puede concretar en todo caso de cara a los riesgos psicosociales, pero, sobre todo, en los trabajos a turnos y nocturnos, y en los trabajos a distancia. Igualmente, en la medida en que la toma en consideración de la perspectiva de género en la aplicación de este principio es fundamental para evitar las resultas de los riesgos psicosociales vinculados al sesgo de género (Vallejo da Costa, 2014: 37), la negociación colectiva puede jugar un papel importante al establecer las medidas encaminadas, por ejemplo, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a la promoción de la contratación indefinida y a tiempo completo en condiciones de igualdad y a garantizar la promoción interna en términos de igualdad material.
- c) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo. En virtud de lo establecido en los artículos 18.2 y 34 y siguientes de la LPRL, la participación de las personas trabajadoras al respecto se convierte en un derecho, que de ser encauzado debidamente a través de la negociación colectiva es la mejor manera de integrar la prevención en la empresa, facilitando la colaboración de las personas trabajadoras en la adopción y cumplimiento de las medidas preventivas. Además, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera de la LPRL, la negociación colectiva puede servir para

dotar de sentido y alcance a la participación de las personas trabajadoras en la planificación de la prevención. Por ejemplo, pueden delimitarse las funciones y competencias de los representantes unitarios en materia de prevención de cara a la implementación de medidas preventivas en colaboración con el empresario, así como para la vigilancia y control de su cumplimiento; con fundamento en el artículo 35.4 de la LPRL puede establecerse un sistema alternativo de designación de delegados de prevención, de forma y manera que en las empresas que no cuenten con órganos de representación unitaria pueda designarse también a tales delegados, dotándoles de funciones y competencias, así como de suficiente dedicación; pueden incrementarse las funciones y facultades consultivas del comité de seguridad y salud laboral; o pueden crearse órganos específicos de representación paritaria en materia de riesgos psicosociales (Goñi Sein, 2013, 48-50).

- d) Dar las debidas instrucciones a las personas trabajadoras. La forma en la que se informa y forma también puede encauzarse a través de la negociación colectiva. En este sentido, aunque limitado a las medidas y protocolos para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo, es de interés el depósito que al respecto prevé, aunque con carácter voluntario, el Real Decreto 901/2020 (*cf.* artículo 12). El mismo puede servir de difusión de buenas prácticas entre las empresas; buenas prácticas que, posteriormente, pueden tenerse en cuenta en la negociación colectiva. En la misma dirección, las medidas que se adopten, vía negociación colectiva, tras el diagnóstico a realizar de cara a los planes de igualdad, siempre que se informe adecuadamente de las mismas a las personas trabajadoras y se forme debidamente a estas, pueden ayudar a prevenir los riesgos psicosociales. Todo ello posibilita la integración plena de los riesgos psicosociales en las rutinas preventivas de cada empresa.

Todas estas rutinas requieren, asimismo, de la denominada organización preventiva. Respecto a la misma, la negociación colectiva constituye una vía importante para que dicha organización se realice de forma directa por las propias empresas mediante la asunción de las actividades preventivas. Es lo que viene a corroborar la Disposición Adicional séptima del Real Decreto 39/1997, cuando posibilita a la negociación colectiva establecer criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios.

Dentro de las rutinas preventivas también debe destacarse la relevancia que puede tener la negociación colectiva en cuanto a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras frente a las consecuencias de los riesgos psicosociales. En efecto, con fundamento en el artículo 22.1 de la LPRL, es perfectamente posible establecer reconocimientos médicos obligatorios para prevenir las resultas de los riesgos psicosociales en la salud de las personas trabajadoras. En verdad, la rea-

lización de tales reconocimientos resulta imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de las personas trabajadoras.

Por último, dado que las fases preventivas deben culminar con una auditoría, como instrumento de evaluación de todo el proceso de implantación del sistema de prevención y, en particular, de la eficacia del modelo organizativo adoptado, la negociación colectiva puede regular el modelo de auditoría a llevar cabo, principalmente cuando se apueste por una auditoría interna. Asimismo, la negociación colectiva puede prever mecanismos de *compliance* laboral con el objetivo de llevar a cabo una labor de prevención de los riesgos que conlleva el incumplimiento de medidas preventivas en materia de riesgos psicosociales (Rojas Rosco, Moraleja Moraleja y Gutiérrez Arranz, 2017: 24).

4. Análisis del tratamiento otorgado por los convenios colectivos más recientes a la prevención de los riesgos psicosociales

Una vez concretado el significado de riesgo psicosocial, identificados los principales riesgos psicosociales y sentadas las bases jurídico-técnicas respecto al papel que puede jugar la negociación colectiva en la prevención de riesgos psicosociales, en este apartado se procederá a describir el tratamiento otorgado por los convenios colectivos más recientes a la prevención de riesgos psicosociales, con el fin de poder extraer las conclusiones pertinentes (*infra* 5). En concreto, se han analizado 186 convenios colectivos de distinto ámbito publicados en los correspondientes boletines oficiales desde el 1 de enero de 2020 hasta comienzos de diciembre de ese mismo año.

Dicho análisis partirá de un estudio que gira en torno a saber de qué manera se concretan en los convenios colectivos los riesgos psicosociales. A continuación, se pretende observar si se contempla y en qué términos la protección frente a los mismos. Finalmente, en íntima conexión con dicha protección, y de cara a materializarla, se centrará la atención en la evaluación de los riesgos psicosociales y en la importancia que a los mismos dedica la organización de la prevención.

4.1. Concreción de riesgos psicosociales

Los riesgos psicosociales que se concretan y abordan de distinta manera en los distintos convenios colectivos son el acoso psicológico o moral, el acoso sexual, el acoso por razón de sexo, orientación sexual o identidad de género, el acoso discriminatorio, cualquier forma de violencia en el lugar de trabajo y la fatiga. Es más, algún convenio colectivo, como el Convenio colectivo provincial del sector de la construcción de Pontevedra (BOPPO de 21 de septiembre de 2020) (*cf.* artículo 43) y el Convenio colectivo provincial del sector de mármoles y piedras de Pontevedra (BOPPO de 21 de septiembre de 2020) (*cf.* artículo

11.2) se refieren a los mismos bajo la rúbrica de «riesgos psicosociales». Por todo ello, a continuación, se analizarán los aspectos más relevantes que se contienen sobre estos riesgos psicosociales en los distintos convenios colectivos.

a) *Acoso psicológico o moral*

Esta modalidad de acoso se contempla en los convenios colectivos con distinto alcance. Incluso aparece con la denominación genérica de acoso laboral.

En ocasiones existe una mera definición a los efectos de vigilancia y control, como es el caso del Convenio colectivo de la provincia de Sevilla para las actividades de almacenistas de hierros, tuberías, aceros y material no férreo (BOPS de 8 de junio de 2020) (*cf.* Disposición Adicional 5.^a) o del Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020) (*cf.* artículo 65).

El Convenio colectivo de Globalia Handling (BOE de 13 de mayo de 2020) (*cf.* artículo 41), tras definir el acoso moral, matiza que este no debe confundirse con otras figuras como el *burnout* o síndrome del quemado en el trabajo, el estrés, la fatiga mental, etc. Además, define el *burnout* como el estado de agotamiento físico, emocional y mental causado por estar implicado el trabajador durante largos períodos de tiempo en situaciones que le afectan emocionalmente.

Además de la definición, a veces se concretan las conductas que se consideran constitutivas de acoso moral, como sucede en el Convenio colectivo de Hertz de España, SL (BOE de 7 de enero de 2020) (*cf.* artículo 54).

Algunos convenios sectoriales crean una comisión de trabajo en el seno de su comisión paritaria con el objetivo de acordar un protocolo que reglamente un procedimiento especial para tratar el acoso moral. Así sucede en el II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz); La Rabida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (BOE de 6 de octubre de 2020) (*cf.* Disposición Transitoria tercera).

Otros convenios, como el Convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales (Bebidas Naturales, SL, Aguas de Cortes, SA, Agua de Bronchales, SA, Fuente Arevalillo, SL y Font Teix, SA) (BOE de 1 de agosto de 2020) (*cf.* artículo 33) o el Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL (BOE de 1 de agosto de 2020) (*cf.* Anexo II), regulan expresamente un protocolo contra el acoso moral, diferenciado del protocolo contra el acoso sexual o por razón de sexo que se incorpora al plan de igualdad, en el que se recogen la definición, las normas de comportamiento para evitarlo y un procedimiento interno.

Pero también existen convenios colectivos que regulan un mismo protocolo para todo tipo de acoso, como es el caso del Convenio colectivo de Control y

Montajes Industriales CYMI, SA (BOE de 7 de enero de 2020) (*cf.* Anexo V) o del Convenio colectivo de Siemens Mobility SLU (BOE de 13 de noviembre de 2020) (*cf.* artículo 46bis).

b) *Acoso sexual y acoso por razón de sexo, orientación sexual o identidad de género*

Algunos convenios colectivos se limitan a regular tan solo alguna de estas modalidades de acoso. Es más, en ocasiones se realiza una remisión a futuras actuaciones como es el caso del Convenio colectivo de la Industria y Comercio de la Alimentación de Gipuzkoa (BOG de 24 de enero de 2020) que establece que la comisión permanente del convenio en el plazo de un mes a partir de la firma del convenio elaborará un protocolo de actuación en materia de acoso sexual en las relaciones laborales que, una vez aprobado, será distribuido y recomendado a todas las empresas para su utilización como modelo (*cf.* artículo 59). En el mismo sentido, pero estableciendo un plazo de tres meses tras la publicación del convenio para la elaboración del protocolo marco de actuación, se pronuncia el IV Convenio colectivo de empresas de personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha (DOCLM de 11 de febrero de 2020), respecto acoso moral, sexual o por razón de sexo (*cf.* artículo 56).

No obstante, abundan los convenios colectivos que contemplan el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Ahora bien, el alcance que se otorga a tales modalidades de acoso varía según los convenios.

Algunos convenios se limitan a ofrecer una definición a los efectos de vigilancia y control, como es el caso del Convenio colectivo de la provincia de Sevilla para las actividades de almacenistas de hierros, tuberías, aceros y material no férreo (BOPS de 8 de junio de 2020) (*cf.* Disposición Adicional 5.^a). Además, se limita a reproducir las definiciones legales, como sucede en la mayoría de los convenios analizados. Sin embargo, existen convenios que, aun existiendo una definición legal, curiosamente contemplan una definición, aunque similar, diferente de acoso sexual, incorporando incluso las conductas que se consideran constitutivas de dicho acoso. Es lo que sucede en el Convenio colectivo del sector de panaderías de la provincia de Badajoz (DOE de 13 de noviembre de 2020) (*cf.* Disposición Adicional primera).

En ocasiones, tales definiciones se contemplan al regular las faltas muy graves, como es el caso del Convenio colectivo provincial de trabajo de la industria siderometalúrgica de Almería (BOPA de 16 de enero de 2020) y del II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz); La Rabida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (BOE de 6 de octubre de 2020).

Otras veces, son los convenios colectivos sectoriales los que, en sintonía con la Ley Orgánica 3/2007, sientan las bases para la regulación de los planes de

igualdad en las empresas afectadas, determinando así las materias a contemplar y las medidas a adoptar en las mismas. Así, entre dichas materias se recoge la prevención de acoso sexual o acoso por razón de sexo. Es el caso del Convenio colectivo del sector de transportes por carretera del Principado de Asturias (BOPA de 31 de enero de 2020) (*cf.* artículo 32).

En la misma línea, hay convenios sectoriales que encomiendan a su comisión paritaria el estudio de un protocolo de acoso sexual, por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género para, posteriormente, proponerlo a las empresas del sector para su implantación. Así se hace en el II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz); La Rabida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (BOE de 6 de octubre de 2020) (*cf.* artículo 55 y Disposición Transitoria segunda).

También existen convenios sectoriales en los que se crea la obligación para las empresas afectadas de aprobar e implantar un protocolo de actuación en caso de acoso sexual y por razón de sexo, como sucede con el Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (BOE de 25 de septiembre de 2020) (*cf.* artículo 87).

A veces es en la comisión de igualdad de convenio donde se prevé negociar el protocolo, como sucede en el Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas 2019-2021 (BOE de 14 de agosto de 2020) (*cf.* 73.2.g). También existen convenios que se remiten a un futuro plan de igualdad que contendrá el protocolo de acoso, como es el caso del Convenio colectivo de Servicios Dix 2012, SL (BOE de 4 de febrero de 2020) (*cf.* artículo 35).

Con frecuencia se regula un procedimiento interno de actuación ante el acoso sexual o por razón de sexo. Dicho procedimiento puede variar de contenido, pudiéndose destacar los siguientes: denuncia, apertura de expediente informativo con la creación de una comisión compuesta por personas con la debida formación en la materia, audiencia a todos los implicados y práctica de cuantas diligencias puedan considerarse conducentes a la aclaración de los hechos acaecidos, adopción de medidas cautelares para proteger a la víctima, imposición de sanción en los supuestos de constatación de la existencia de acoso.

De entre la multitud de convenios que se refieren a tales procedimientos pueden consultarse el Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2020 (BOE de 7 de enero de 2020) (*cf.* artículo 69), el Convenio colectivo provincial de trabajo de la industria siderometalúrgica de Almería (BOPA de 16 de enero de 2020) (*cf.* artículo 60); el Convenio colectivo de la provincia de Alicante de tintorerías, lavanderías y limpieza de ropas (BOPAl de 22 de julio de 2020); o el Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE de 30 de julio de 2020) (*cf.* artículo 41).

Algunos convenios, como el VIII Convenio colectivo estatal del corcho (BOE de 14 de mayo de 2020) (*cf.* artículo 105), el Convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales (Bebidas Naturales, SL, Aguas de Cortes, SA, Agua de Bronchales, SA, Fuente Arealillo, SL y Font Teix, SA) (BOE de 1 de agosto de 2020) (*cf.* artículo 32) y el Convenio colectivo de Dealz España SL (BOE de 14 de agosto de 2020) (*cf.* Capítulo XIII), incluyen ese procedimiento en un protocolo que contiene también una serie de compromisos, una declaración de principios, las correspondientes definiciones, las medidas de prevención. En el mismo sentido, pero incluyendo matizaciones terminológicas respecto a los tipos de acoso sexual, a través de las definiciones de acoso «quid pro quo» o acoso ambiental, profundizando en las garantías para las partes del procedimiento y regulando las posibles represalias contra las víctimas, resulta de interés del Convenio colectivo para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de primera división femenina de fútbol (BOE de 15 de agosto de 2020) (*cf.* Anexo II).

Tampoco faltan convenios que regulan normas de comportamiento para prevenir situaciones que favorezcan la aparición de casos de acoso en el trabajo, como sucede con el Convenio colectivo de bebidas refrescantes de la Comunidad Valenciana 2019-2021 (DOGV de 6 de febrero de 2020) (*cf.* artículo 47). En ocasiones, se prevén medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluso códigos de conducta, como ocurre con el Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas 2019-2021 (BOE de 14 de agosto de 2020) (*cf.* respectivamente el Capítulo XXI y el Anexo I). En este caso en concreto, se recoge el Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, en cumplimiento de la Recomendación de dicha Comisión, 1992/131/CEE, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

c) *Acoso discriminatorio*

Si bien todo acoso es por sí discriminatorio, algunos convenios se refieren expresamente a esta modalidad de acoso, aludiendo a sus causas, a saber, el origen racial o étnico, el sexo, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, así como ofreciendo su definición, en términos parecidos a los legalmente establecidos. Es el caso del Convenio colectivo de recuperación de materiales diversos, SA (BOE de 14 de agosto de 2020) (*cf.* artículo 46), del Convenio colectivo de Innometal 2019, SL (BOE de 13 de mayo de 2020) (*cf.* artículo 28.D.o) o del Convenio colectivo de EDF-Fenice Ibérica, SLU (BOE de 13 de mayo de 2020) (*cf.* Anexo I. artículo 5.ñ).

d) *Violencia en el lugar de trabajo*

El Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE de 11 de marzo de 2020) (Anexo 1) contiene una definición de violencia en el lugar de trabajo,

al señalar que existe dicha violencia cuando una o más personas trabajadoras o directivas son agredidas en el seno de una relación de trabajo.

e) *Fatiga*

Entre los convenios que se refieren expresamente a la fatiga se encuentra el Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Teruel (BOPTE de 3 de enero de 2020) (*cf.* artículo 28). Concretamente, establece que al organizar el personal se debe prever que los rendimientos sean normales, la limpieza efectiva y, al mismo tiempo, se debe evitar la fatiga de las personas trabajadoras.

Igualmente, se refiere a la fatiga el Convenio colectivo de Air Nostrum LAM, SA (Pilotos) (BOE de 13 de mayo de 2020) (*cf.* artículo 14.16), que por mor de la seguridad de los tripulantes, de los viajeros y de las seguridad aérea, dota a los comandantes de la facultad de suspender o aplazar la continuación de un vuelo antes de llegar a los límites establecidos, cuando a su juicio, el estado de fatiga de sí mismo o de algún miembro de la tripulación esencial para la operación de la aeronave así lo exige, hasta que, mediante un período de descanso adecuado, el tripulante o tripulantes se recuperen de su estado de fatiga. La misma pauta se recoge en el III Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA, y sus tripulantes pilotos (BOE de 13 de noviembre de 2020) (*cf.* artículo 12.26).

Se refiere a la fatiga informática el Convenio colectivo de CTC Externalización, SLU (BOE de 18 de marzo de 2020) (artículo 85), al regular el derecho a la desconexión digital y señalar que la empresa, previa audiencia de los representantes de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a la plantilla, en la que se definirán las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En iguales términos se refiere a la fatiga informática el Convenio colectivo del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza (BOPZ de 13 de noviembre de 2020) (*cf.* artículo 46). Por su parte, el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 3 de diciembre de 2020) (*cf.* artículo 15), también considera que la desconexión digital es un derecho cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras disminuyendo, entre otras, la fatiga tecnológica o estrés.

El Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE de 22 de junio de 2020) (*cf.* Anexo 2) incide en garantizar una formación adecuada para las personas teletrabajadoras, entre otras materias, en cuestiones psicosociales precisas para una correcta adecuación al entorno laboral. No se concreta en qué consisten esas cuestiones psicosociales, pero sí se contienen referencias a la fatiga, por ejemplo, al indicar que se debe cambiar periódicamente la postura para evitar la fatiga, que lo más recomendable desde el punto de vista de

la salud es utilizar descansos de 5 a 10 minutos cada dos horas de esfuerzo visual continuo para recuperarse de la fatiga visual acumulada. Se establece que la política interna tendrá que contener acciones formativas y campañas de sensibilización sobre la utilización de las herramientas tecnológicas con el objetivo de evitar la fatiga informática.

Indirectamente, algún convenio, como el II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz); La Rabida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (BOE de 6 de octubre de 2020) (*cf.* artículo 7.2), relaciona el absentismo con la fatiga, como consecuencia de la misma, al considerar el absentismo un fenómeno complejo relacionado con la salud. Precisamente, para paliarlo se asume el compromiso de adoptar medidas racionales que la legislación y las ciencias médicas y psicosociales permitan.

Aun no refiriéndose expresamente a la fatiga, existen convenios colectivos que regulan medidas conducentes a prevenir que se manifieste. Es el caso del IV Convenio colectivo de empresas de personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha (DOCLM de 11 de febrero de 2020). Por una parte, establece la obligación de la empresa de facilitar a las personas trabajadoras una herramienta de uso obligatorio, con el fin de registrar la actividad individualizada realizada durante la jornada. Sin duda, se trata de un mecanismo útil para evitar los excesos de jornada (*cf.* artículo 28). Por otra parte, se prevé para las bases donde se realicen turnos de 24 horas la existencia de espacios adecuados con dotación propia para el descanso y en los que se cumplan las normas de salud laboral (*cf.* artículo 30). Algunos convenios, como el Convenio colectivo del sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias (BOPA de 31 de enero de 2020) regulan descansos compensatorios para el personal a turnos con la finalidad de compensar los excesos de jornada que pudieran producirse (*cf.* Disposición Adicional tercera). Otros convenios establecen pautas generales que ayudan a evitar la fatiga. Así, el IV Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE de 13 de enero de 2020) (*cf.* artículo 34), al referirse al trabajo a turnos y nocturno, establece que cuando se organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo, debe tenerse en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de las personas trabajadoras. Especialmente, se matiza que dichas exigencias deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar los períodos de descanso durante la jornada de trabajo.

En la misma línea, otros convenios optan por limitar en el tiempo los servicios en régimen de cuatro turnos, como sucede en el Convenio colectivo de bebidas refrescantes de la Comunidad Valenciana 2019-2021 (DOGV de 6 de febrero de 2020) (*cf.* artículo 21).

También resulta interesante observar como algún convenio sectorial, como el Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (BOE de 25 de septiembre de 2020) (*cf.* Disposición Transitoria segunda), respecto a los turnos especiales de emergencia (en guardia presencial o con dispositivo de localización) aboga por establecer e interpretar los tiempos máximos de trabajo efectivo, las horas de presencia y los descansos, para lo que se establecen criterios a tener en cuenta por los convenios de ámbito funcional y/o territorial inferior.

4.2. Protección genérica frente a riesgos psicosociales

Algunos convenios colectivos, como el Convenio colectivo de Siemens Halthcare SLU (BOE de 28 de febrero de 2020) o el Convenio colectivo de Siemens Mobility, SLU (BOE de 13 de noviembre de 2020) se limitan a establecer el derecho a la protección adecuada de la integridad física y psicosocial en el marco de una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo (*cf.*, respectivamente, artículos 35 y 46).

Por otro lado, dentro de los planes de igualdad, comienzan a recogerse medidas que, sin duda, repercutirán positivamente en la protección de los riesgos psicosociales, cuando los mismos estén relacionados con el sesgo de género (*supra* 3). Es el caso del Convenio colectivo Diario El Correo, SAU año 2020 (BOPV de 10 de diciembre). Así, al regular el plan de igualdad (*cf.* Capítulo Décimo), resulta de interés observar cómo la empresa, previamente a la fijación de los objetivos de igualdad, debe realizar un diagnóstico de situación con el objetivo de obtener datos desagregados por sexos en relación con las condiciones de trabajo, y con especial referencia a materias tales como el acceso al empleo, la formación, la clasificación y promoción profesional, las condiciones retributivas y de ordenación de la jornada, de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, etc. (*cf.* artículo 52).

Con mayor precisión, se señala que el diagnóstico de situación debe proporcionar datos desagregados por sexos en relación, entre otras, con algunas de las siguientes cuestiones: (a) distribución de la plantilla en relación con edades, antigüedad, departamento, nivel jerárquico, grupos profesionales y nivel de formación; (b) distribución de la plantilla en relación con los tipos de contratos; (c) distribución de la plantilla en relación con grupos profesionales y salarios; (d) distribución de la plantilla en relación con la ordenación de la jornada, horas anuales de trabajo y medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; (e) niveles de absentismo especificando causas y desglosando las correspondientes a permisos, incapacidades u otras; (f) excedencias último año y los motivos; (g) promociones último año especificando grupo profesional y puestos a los que se ha promocionado.

Además, se establece que deben diagnosticarse: los criterios y canales de información y/o comunicación utilizados en los procesos de selección, formación y pro-

moción, los métodos utilizados para la descripción de perfiles profesionales y puestos de trabajo, el lenguaje y contenido de las ofertas de empleo y de los formularios de solicitud para participar en procesos de selección, formación y promoción.

Las conclusiones o resultados obtenidos deben informarse por escrito a los representantes de las personas trabajadoras. En función de todo ello se fijarán los objetivos concretos a alcanzar. Según se prevé (*cf.* artículo 53), tales objetivos podrán consistir en el establecimiento de medidas de acción positiva en aquellas cuestiones en las que se haya constatado la existencia de situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres carentes de justificación objetiva, así como en el establecimiento de medidas generales para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación. Se especifica, asimismo, que tales objetivos, que incluirán las estrategias y prácticas para su consecución, irán destinados preferentemente a las áreas de acceso al empleo, formación, clasificación y promoción profesional, condiciones retributivas y de jornada, conciliación de la vida familiar, etc., y, entre otros, podrán consistir en: (a) asegurar procedimientos de selección transparente para ingreso en la empresa mediante la redacción y difusión no discriminatoria de las ofertas de empleo y el establecimiento de pruebas objetivas y adecuadas a los requerimientos del puesto ofertado, relacionadas exclusivamente con la valoración de aptitudes y capacidades individuales; (b) promover la inclusión de mujeres en puestos que impliquen mando y/o responsabilidad; (c) establecer programas específicos para la selección/promoción de mujeres en puestos en los que están subrepresentadas; (d) garantizar el acceso en igualdad de hombres y mujeres a la formación de empresa tanto interna como externa, con el fin de garantizar la permanencia en el empleo de las mujeres, desarrollando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requisitos de la demanda de empleo; (e) revisar los complementos que componen el salario para verificar que no estén encerrando una discriminación sobre las trabajadoras; (f) promover procesos y establecer plazos para corregir las posibles diferencias salariales existentes entre hombres y mujeres; (g) conseguir una mayor y mejor conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres mediante campañas de sensibilización, difusión de los permisos y excedencias legales existentes, etc.; (h) establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas, así como acciones contra los posibles casos de acoso moral y sexual.

4.3. Evaluación de riesgos psicosociales

Algunos convenios colectivos mencionan expresamente los riesgos psicosociales al referirse a la evaluación de riesgos laborales. Sin embargo, el tratamiento de los mismos varía.

El Convenio colectivo estatal de centros de servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020) prevé que la evaluación de riesgos debe tener en cuenta

los riesgos psicosociales presentes en cada puesto de trabajo (*cf.* artículo 58.2). En parecidos términos, el IV Convenio colectivo del Grupo Zena, SL (BOE de 6 de agosto de 2020) señala que las evaluaciones de riesgo contendrán necesariamente un análisis de las condiciones psicosociales derivados del trabajo (*cf.* Disposición Adicional tercera). El Convenio colectivo de la provincia de Sevilla para las actividades de almacenistas de hierros, tuberías, aceros y material no férreo (BOPS de 8 de junio de 2020) establece que para llevar a cabo la evaluación de riesgos previamente se debe elaborar un proyecto de recogida de información de todos los riesgos relativos a los puestos de trabajo, incluyendo de forma expresa los psicológicos (*cf.* artículo 37).

Aunque sea en el seno del Protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso moral y sexual, el IV Convenio colectivo de Movistar+ (DTS, Distribuidora de Televisión Digital, SA; Telefónica Audiovisual Digital, SLU y Compañía Independiente de Televisión, SL) (BOE de 1 de agosto de 2020) (*cf.* Disposición Adicional única), recoge que la Dirección establecerá mecanismos de detección de posibles riesgos psicosociales, y en su caso procederá a la evaluación de los mismos. Asimismo, incorporará en las acciones formativas dirigidas a todas las personas trabajadoras información relativa a tales riesgos. Algo parecido sucede en el IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU (BOE de 15 de julio de 2020) (*cf.* artículo 60), pues, al regular la protección frente al acoso moral, señala que el comité de seguridad y salud establecerá los mecanismos de detección de posibles riesgos psicosociales y, en su caso, se procederá a la evaluación de los mismos, y se promoverá, adicionalmente, la detección precoz de situaciones de riesgo a través de la vigilancia de la salud.

El Convenio colectivo provincial de trabajo de la industria siderometalúrgica de Almería (BOPA de 16 de enero de 2020) incluye en la evaluación de riesgos laborales a los riesgos psicosociales solamente ante indicios razonables de su presencia, concretándose que se entiende por indicios razonables las peticiones trasladadas por el delegado de prevención, o en su caso, el personal integrante del servicio de prevención, o el comité de seguridad y salud, siendo en todo caso informado por escrito el empresario (*cf.* artículo 52). En parecidos términos se pronuncia el Convenio colectivo para las industrias de hostelería y turismo de la provincia de Huesca (BOPH de 23 de julio de 2020), con la diferencia de que una vez realizada la petición de evaluación se procederá conjuntamente entre la empresa y los delegados de prevención o la representación de las personas trabajadoras en el comité de prevención laboral y de la salud a analizar las medidas preventivas adecuadas en función de las características de los distintos puestos de trabajo (*cf.* artículo 41). Otro tanto contempla el Convenio colectivo del sector Detallistas y Autoservicio de Alimentación de Zaragoza (BOPZ de 16 de septiembre de 2020) (*cf.* artículo 43).

El Convenio colectivo de industrias de conservas y salazones de pescados de la provincia de Huelva (BOH de 25 de junio de 2020) establece que solamente se procederá a la evaluación de los riesgos psicosociales en el ámbito de los casos de acoso sexual y por razón de género, una vez finalizados los procedimientos en los que se constate el acoso (*cf.* artículo 39.8).

El Convenio colectivo de Nordex Energy Spain, SAU (centros de Navarra y Castellón) (BOE de 13 de mayo de 2020) al referirse a la evaluación de riesgos incluye expresamente los riesgos relacionados con la psicología. Se señala que será la empresa quien efectuará las evaluaciones, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo y de las personas trabajadoras que deban desempeñarlos. Tan solo se reconoce el derecho a que puedan participar en dichas evaluaciones los delegados de prevención del centro de trabajo o, en su defecto, los delegados de prevención integrantes de los comités de seguridad y salud laboral (*cf.* artículo 67).

El Convenio colectivo de Lyntia Networks, SAU., para los centros de trabajo de Madrid y A Coruña (BOE de 23 de noviembre de 2020) matiza que dentro de la evaluación de los riesgos laborales existen los riesgos psicosociales y recuerda que estos deben ser evaluados con la misma intensidad que el resto de riesgos identificados de la empresa. Además, precisa que a tal efecto el método de evaluación elegido debe ser consensuado en el comité de seguridad y salud, o con los delegados de prevención en su lugar, debe favorecer la participación y deber ser un método científicamente probado (*cf.* artículo 55).

El IV Convenio colectivo del grupo VIPS (BOE de 14 de agosto de 2020) aboga por la colaboración entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras en la atención a los riesgos psicosociales. Para ello ambas partes pueden compartir la realización de encuentros puntuales de clima laboral para la detección entre otras cuestiones de dichos riesgos y para proponer en su caso medidas tendentes a su corrección. Igualmente, la colaboración se llevará a cabo en la realización de las pertinentes auditorías y en la concienciación de las personas trabajadoras en el seguimiento y cumplimiento de las medidas de seguridad. Con todo ello se pretende el aseguramiento de un sistema de prevención de riesgos laborales y la integración en el mismo de las personas trabajadoras. En todo caso, se reconoce expresamente que las evaluaciones de riesgo contendrán necesariamente un análisis de las condiciones de trabajo desde el punto de vista de los factores psicosociales derivados del trabajo (*cf.* Disposición Adicional cuarta).

El II Convenio colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios (BOE de 17 de junio de 2020) dispone que en materia de psicología aplicada serán de aplicación las normas y disposiciones sobre evaluación de riesgos psicosociales que tiene establecidas o pueda establecer el INSHT (*cf.* artículo 76.2.i).

El V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020), al referirse a la vigilancia de la salud establece que la empresa prestará especial atención a la detección y evaluación de los riesgos psicosociales, así como a la aplicación de las medidas preventivas y/o correctoras oportunas (*cf.* artículo 113.5). Además, al abordar los principios generales, en materia de prevención de riesgos laborales, establece que, con el objetivo de lograr una mayor eficacia en la prevención de riesgos psicosociales, las partes firmantes del convenio se comprometen a desarrollar en un plazo límite de un año posterior a la firma del convenio, un «Protocolo de riesgos psicosociales» que tendrá como base los siguientes principios: (a) tener un enfoque proactivo, es decir, se debe activar por la detección de indicadores de riesgos; (b) incorporar medidas concretas de prevención y de detección precoz mediante el tratamiento de los indicadores de riesgos; (c) desarrollar medidas para paliar los riesgos detectados (*cf.* artículo 110.6).

4.4. Organización de la prevención y riesgos psicosociales

Muchos convenios apuestan por organizar la prevención a través de un Servicio de Prevención Propio, y al determinar las funciones y niveles de cualificación del mismo especifican que se contratará a personal técnico superior especializado, entre otras ciencias o técnicas preventivas en psicología. Así sucede, por ejemplo, en el II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz); La Rabida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (BOE de 6 de octubre de 2020) (*cf.* Apartado IX, subapartado 6). Por su parte, el Convenio colectivo de Nordex Energy Spain, SAU (centros de Navarra y Castellón (BOE de 13 de mayo de 2020) (*cf.* artículo 60) se limita a señalar que su Servicio de Prevención Propio asumirá, entre otras especialidades, la correspondiente a la psicología aplicada. En un grado de mayor detalle, el Convenio colectivo de CEPL Iberia, SL (BOE de 19 de agosto de 2020) (*cf.* artículo 51.1.2) especifica que los servicios de prevención deben proporcionar a la empresa, a las personas trabajadoras y a sus representantes y a los órganos de representación especializada el asesoramiento y apoyo que se precise en función de los riesgos existentes, y en relación con la evaluación de los factores de riesgos, incluyendo la evaluación de los riesgos psicosociales. En parecidos términos se pronuncia el Convenio colectivo de Compañía Auxiliar al Cargo Express, SA (BOE de 11 de julio de 2020) (*cf.* artículo 40), al señalar que las evaluaciones de riesgo se realizarán por el Servicio de Prevención o por las personas trabajadoras designadas por la empresa, de acuerdo con el procedimiento consensuado en el comité de seguridad y salud o con los delegados de prevención.

Algún convenio, como el Convenio colectivo de Bridgestone Hispania Manufacturing, SL (BOE de 14 de agosto de 2020) (*cf.* artículo 186) prevé la existencia de un servicio psicológico en su Servicio de Prevención, pero contiene la doble posibilidad de contratar profesionales o una entidad externa especializada en psicología para cubrir esa prestación de manera adecuada.

5. Conclusiones

Primera. No existe en la legislación española un concepto de riesgo psicosocial pero sí existen conceptos técnicos bien determinados que pueden ser tomados en consideración por la negociación colectiva.

Segunda. La identificación de factores sociales en la organización del trabajo facilita la concreción de los riesgos psicosociales que pueden existir en un sector o en una empresa, para su evaluación y tratamiento en la planificación de la actividad preventiva. A tal efecto resulta esencial tener en cuenta las NTP del INSHT.

Tercera. Existe consenso sobre la consideración como riesgo psicosocial del estrés laboral, la violencia en el trabajo, la fatiga de las personas trabajadoras y el *burnout* o síndrome de estar quemado por el trabajo. Aunque cuentan con un menor reconocimiento también se consideran riesgos psicosociales la ambigüedad y conflicto de rol, el trabajo emocional y la adicción al trabajo.

Cuarta. Existe una definición clara de estrés laboral. Igualmente, las NTP del INSHT han definido sus variantes derivadas de uso de las TIC, dentro de lo que viene denominándose tecnoestrés, a saber, la tecnoansiedad, la tecnofobia y la tecnoadicción.

Quinta. Debe diferenciarse del estrés laboral el *burnout* o síndrome de estar quemado por el trabajo. Respecto a esta última también puede considerarse la definición dada por las NTP del INSHT.

Sexta. No existe una definición legal de violencia en el trabajo. No obstante, a partir de las características que presenta en el Convenio OIT núm. 190, es posible acotar su significado, teniendo en cuenta las manifestaciones de la misma. De este modo, se ajustan a dichas características las definiciones legales de acoso discriminatorio, acoso por razón de discapacidad, acoso sexual y acoso por razón de sexo. Al no existir una definición legal de acoso moral en el trabajo, debieran reformularse las diversas definiciones utilizadas hasta la fecha por no ajustarse a las características que presenta el concepto de violencia en el trabajo en el Convenio OIT núm. 190. En ese sentido, los criterios fijados por la STC 56/2019 constituyen un punto de partida adecuado. Respecto al concepto de violencia en el lugar del trabajo, diferenciado de las distintas variantes de acoso, falta un concepto legal pero sí existe una interesante definición en la NTP 489 del INSHT.

Séptima. Tampoco existe una definición de fatiga de las personas trabajadoras, pero existen distintos criterios técnicos, principalmente los fijados en las NTP del INSHT, que ayudan a caracterizarla. Conforme a dichos criterios la carga mental del trabajo constituye una modalidad de fatiga. Además, los trabajos basados en la utilización de las TIC pueden provocar una variante de fatiga, a saber, la tecnofatiga, siendo uno de sus tipos más comunes la fatiga informativa.

Octava. Los conceptos de ambigüedad y conflicto de rol, de trabajo emocional y de adición al trabajo también carecen de definición legal y hay que estar a los criterios fijados por las NTP del INSHT para poder comprender su alcance como riesgos psicosociales.

Novena. Las posibilidades regulatorias de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos psicosociales se producen a partir del respeto al suelo mínimo que suponen la LPRL y sus reglamentos de desarrollo, pero también a partir del respeto a otras normas como la Ley Orgánica 3/2007 o el Real Decreto 901/2020. Los fundamentos jurídicos que contienen todas esas normas, así como los vacíos normativos respecto al tratamiento específicos de los riesgos psicosociales, permiten a la negociación colectiva, entre otras cuestiones, definir los riesgos psicosociales; identificar los posibles riesgos psicosociales para su evaluación posterior; establecer los correspondientes protocolos de actuación y medidas disuasorias; concretar la participación de las personas trabajadoras en la planificación de la prevención; regular la información y formación de las personas trabajadoras en materia de riesgos psicosociales; apostar por que la organización preventiva se lleve a cabo por la propia empresa y, siempre que se pueda, por los servicios de prevención propios; posibilitar que la organización preventiva asuma actividades preventivas relacionadas con los riesgos psicosociales; establecer reconocimientos médicos obligatorios para prevenir las resultas de los riesgos psicosociales en la salud de las personas trabajadoras; regular el modelo de autoría a llevar cabo sobre el sistema de prevención; y prever mecanismos de *compliance* laboral para prevenir los riesgos que conlleva el incumplimiento de medidas preventivas en materia de riesgos psicosociales.

Décima. Un análisis de 186 convenios colectivos de distintos ámbitos publicados entre enero y diciembre de 2020 demuestra que:

- a) No se define lo que es un riesgo psicosocial.
- b) Aunque sin referirse expresamente a los riesgos psicosociales, existen convenios que prevén, dentro de los planes de igualdad, elementos de interés para evitar que el sesgo de género se convierta en riesgo psicosocial.
- c) El acoso psicológico o moral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son los riesgos psicosociales que más se contemplan. La fatiga se regula principalmente en concretos ámbitos como los relacionados con la aviación y los trabajos tecnológicos. La violencia en el trabajo se define en un único convenio y otro tanto sucede con el *burnout* o síndrome del quemado en el trabajo.
- d) Respecto al acoso moral en el trabajo es frecuente que se defina, aunque todavía sin ajustarse al Convenio OIT núm. 190; a veces se concretan las conductas que se consideran constitutivas de acoso moral, y es habitual que se regule un protocolo para combatirlo. En ocasiones dicho protocolo es genérico para cualquier tipo de acoso.

- e) El acoso sexual y el acoso por razón de sexo son los riesgos psicosociales más tratados, aunque con distinto alcance. Algunos convenios se limitan a definirlos para su vigilancia y control. No obstante, otros convenios se remiten a los planes de igualdad para regular la prevención de estas modalidades de acoso, prevén o regulan procedimientos y/o protocolos de actuación, y regulan normas de comportamiento y códigos de conducta para prevenir situaciones que favorezcan la aparición de casos de acoso.
- f) Existen convenios que se limitan a reconocer el derecho a la integridad física y psicosocial, sin concreción alguna al respecto.
- g) Aunque los riesgos psicosociales deben ser evaluados como cualquier otro riesgo, algunos convenios se refieren expresamente a la evaluación de tales riesgos. Incluso algunos convenios establecen condiciones para ello o limitan la evaluación a determinados riesgos psicosociales como el acoso sexual o por razón de género. Sin embargo, son pocos los convenios que van más allá, por ejemplo, para incidir en la forma o el método para llevar a cabo la evaluación, en la participación de los representantes de las personas trabajadoras o en la información y formación de las personas trabajadoras en materia de riesgos psicosociales. Aun así, debe destacarse el compromiso asumido en un concreto convenio para la elaboración de un protocolo de riesgos psicosociales.
- h) En materia de organización de la prevención son muchos los convenios que apuestan por un Servicio de Prevención Propio y que, aunque con distinto alcance, incorporan aspectos relacionados con los riesgos psicosociales, a partir de la asunción de la especialidad de psicología como ciencia o técnica preventiva.

6. Bibliografía

- ARASTEY SAHÚN, María Lourdes (2012): «Los riesgos psicosociales en la apreciación de los tribunales: algunas cuestiones sobre la aplicación práctica de la Directiva marco 1989/391/CEE, *Relaciones Laborales*, 11, 1-15 (LA LEY 5987/2012).
- BOTANA LÓPEZ, José María (1997): «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones», en IGLESIAS CABERO, Manuel (coord.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Civitas, 27-42.
- CHARRO BAENA, Pilar (2012): «La organización del trabajo como factor de riesgo psicosocial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 98, 15-29.
- Ficha Técnica de Prevención 35 del INSL (2011): *Mujeres y Salud Laboral. Prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género. Propuestas de intervención*.
- GOÑI SEIN, José Luis (2013): «Las funciones del convenio colectivo en el desarrollo de la prevención de riesgos laborales», en RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (dir.), *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*. Albacete: Bomarzo, 45-55.

- GRAU PINEDA, Carmen (2017): «Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 23-58.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2017): «Los riesgos psicosociales: evaluación y prevención. El caso Caixabank», *Trabajo y Derecho*, 27, 1-21 (LA LEY 1757/2017).
- ITSS (2012): *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre Riesgos Psicosociales*, 1-56.
- NORMA ISO 10075 (1991): *Principios ergonómicos relacionados con la carga de trabajo mental*.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio (2009): «Acoso en el trabajo», en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. y AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. (dirs.), *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*. Madrid: Civitas, xxx.
- MARTÍNEZ IÑIGO, David (2001): «Evolución del concepto de trabajo emocional: dimensiones, antecedentes y consecuencias. Una revisión teórica», *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 7, 2, 131-153.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes (2016): «Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales», *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, 1-30 (BIB 2016\704).
- MELIÁ, José Luis; NOGAREDA, Clotilde; LAHERA, Matilde; DURO, Antonio; PEIRÓ, José M.; SALANOVA, Marisa; y GRACIA, Diego (2006): «Principios comunes para la evaluación de los riesgos psicosociales en la empresa», en *Perspectivas de Intervención en Riesgos Psicosociales. Evaluación de Riesgos*. Barcelona: Foment de Treball Nacional, 16-36.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2015): «La seguridad y salud en el teletrabajo», en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (ed.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*. Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, 171-207.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (2002). «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 14, 1-18 (BIB 2002\1979).
- NAVARRO MOROS, María José y SALAZAR VAL, María Dolores (2016): «Los riesgos psicosociales», en TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel y ALEGRE NUENO, Manuel (dirs.), *Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valladolid: Lex Nova — Thomson Reuters, 117-139.
- NTP 179 DEL INSHT (1986): *La carga mental del trabajo: definición y evaluación*, 1-6.
- NTP 388 DEL INSHT (1995): *Ambigüedad y conflicto de rol*, 1-7.
- NTP 443 DEL INSHT (1997): *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 1-5.
- NTP 445 DEL INSHT (1997): *Carga mental de trabajo: fatiga*, 1-5.
- NTP 455 DEL INSHT (1997): *Trabajo a turnos y nocturno: aspectos organizativos*, 1-10.
- NTP 489 DEL INSHT (1998): *Violencia en el lugar de trabajo*, 1-8.
- NTP 534 DEL INSHT (1999): *Carga mental del trabajo: factores*, 1-6.
- NTP 544 DEL INSHT (2000): *Estimación de la carga mental de trabajo: el método NASA TLX*.
- NTP 604 DEL INSHT (2001): *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (II)*, 1-8.
- NTP 704 DEL INSHT (2005): *Síndrome de estar quemada por el trabajo o «burnout» (I): definición y proceso de generación*, 1-7.
- NTP 705 DEL INSHT (2005): *Síndrome de estar quemado por el trabajo o burnout» (II): consecuencias, evaluación y prevención*, 1-7.
- NTP 720 DEL INSHT (2006): *El trabajo emocional: concepto y prevención*, 1-5.

- NTP 730 (2006) DEL INSHT: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*, 1-7.
- NTP 732 DEL INSHT (2006): *Síndrome de estar quemado por el trabajo «Burnout» (III): Instrumento de medición*, 1-4.
- NTP 759 DEL INSHT (2007): *La adicción al trabajo*, 1-6.
- NTP 854 DEL INSHT (2009): *Acoso psicológico en el trabajo: definición*, 1-6.
- NTP 916 DEL INSHT (2011): *El descanso en el trabajo (I): pausas*, 1-8.
- NTP 926 DEL INSHT (2012): *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 1-6.
- NTP 944 DEL INSHT (2012): *Intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales: principios comunes (I)*, 1-4.
- NTP 1.123 DEL INSHT (2018): *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) III: factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, 1-8.
- PONS CARMENA, María (2020): «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, 2, 30-60.
- QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo y ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2010): «Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales», en *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*. Lisboa, Editorial Juruá, 25-60.
- ROJAS ROSCO, Raul, MORALEJA MORALEJA, Erika y GUTIÉRREZ ARRANZ, Roberto (2017): *Compliance Laboral*. Madrid: Francis Lefebvre.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa (2012): «Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 98, 165-188.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel (2019): «Trabajo decente y call centers: salud laboral y riesgos psicosociales en jaque», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 4, 42-63.
- VALLEJO DA COSTA, Ruth (2014): «El conflicto trabajo-familia como riesgo psicosocial: su particular incidencia en la mujer trabajadora (aspectos jurídicos)», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 13-46.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.P. (2019): «Riesgos psicosociales e igualdad. La progresiva tendencia hacia la integración de ambas políticas», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 131-152.
- VIÑAS ARMADA, José María (2007): *Formación básica en prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Lex Nova.

INTERVENCIÓN NORMATIVA ANTE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Normative intervention in the face of occupational psychosocial risks with a gender perspective

NEREIDA CASTRO TRANCÓN*

Universidad de Oviedo, España

RESUMEN

Las características del empleo femenino conducen a que determinados riesgos psicosociales sean prevalentes en las trabajadoras. Incluso la doble presencia y el acoso laboral, tanto sexual como por razón de sexo, podrían ser considerados como factores específicos de género. El tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales, que también debería incluir la perspectiva de género, resulta todavía insuficiente a pesar de la importancia que actualmente se concede a estos riesgos emergentes, sobre todo a nivel internacional y comunitario. Este estudio aborda la prevención y protección ante los riesgos psicosociales laborales derivados de la precarización del empleo femenino aunando dos perspectivas, la psicológica y la jurídica.

Palabras clave: igualdad de oportunidades, riesgos psicosociales, género, acoso sexual, acoso por razón de sexo.

ABSTRACT

The characteristics of female employment lead to certain psychosocial risks being prevalent in female workers. Even double presence and workplace harassment, both sexual and based on sex, could be considered as gender-specific factors. The legal treatment of psychosocial risks, which should also include a gender perspective, is still insufficient despite the importance currently attached to these emerging risks, especially at the international and community level. This study addresses the prevention and protection against psychosocial risks at work derived from the precariousness of female employment, combining two perspectives, the psychological and the legal.

Keywords: equal opportunities, psychosocial risks, gender, sexual harassment, harassment based on sex.

* **Correspondencia a:** Nereida Castro Trancón. Calle Río Deva, 9, bajo derecha, Llaranes (Asturias), España. – nereidactuniovi@gmail.com – <https://orcid.org/0000-0002-6829-4485>

Cómo citar: Castro Trancón, Nereida. (2020). «Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género»; *Lan Harremanak*, 44, 278-308. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22238>).

Recibido: 14 noviembre, 2020; aceptado: 16 diciembre, 2020.

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



1. Factores y riesgos psicosociales derivados de la situación laboral de las mujeres

La feminización de la precariedad laboral genera unos riesgos psicosociales, que —aun siendo comunes a ambos sexos— hacen oportuno su análisis con una perspectiva de género. Aunque ya se han realizado estudios de interés en la materia, especialmente en relación con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, cabe afirmar que, sin embargo, a pesar de la evidencia disponible sobre la importancia de aquellos riesgos para las mujeres, son todavía necesarias las aportaciones que profundicen en la inclusión de aquella perspectiva.

Como es sabido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) el riesgo laboral se define como «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo» (art. 4 LPRL). Esta Ley no hace ninguna referencia explícita a los riesgos psicosociales, aunque, ciertamente, al establecer la obligación del empresario de «garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 12, LPRL) deben considerarse incluidos aquellos aspectos asociados a la organización del trabajo. Se debe acoger, además, el concepto de salud como la define la Carta Constitucional de la Organización Mundial de la Salud de 1946, entendida como «el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades» (OMS, 2006).

En relación con los aspectos psicosociales conviene realizar algunas precisiones conceptuales y terminológicas. Así, según Moreno Jiménez (2011, 7) cabe distinguir entre factores psicosociales, factores psicosociales de riesgo y riesgos psicosociales:

Los factores psicosociales «comprenden aspectos del puesto de trabajo y del entorno de trabajo, como el clima o cultura de la organización, las funciones laborales, las relaciones interpersonales en el trabajo y el diseño y contenido de las tareas» (OIT, 1998, 2).

El concepto de factores psicosociales se extiende también al entorno existente fuera de la organización (por ejemplo, exigencias domésticas) y a aspectos del individuo (por ejemplo, personalidad y actitudes) que pueden influir en la aparición del estrés en el trabajo.

Las expresiones organización del trabajo y factores organizativos se utilizan muchas veces de manera intercambiable con factores psicosociales para hacer referencia a las condiciones de trabajo que pueden conducir al estrés (OIT, 1998, 2).

Por otro lado, los factores psicosociales de riesgo se refieren a la probabilidad que tienen las condiciones organizacionales de tener efectos perjudiciales

para la salud, debido a que son disfuncionales y actúan como desencadenantes de tensión y estrés laboral (Moreno Jiménez, 2011, 7; Rodríguez-Muñoz, 2017, 16-18). Y, por último, los riesgos psicosociales serían aquellas situaciones laborales, que, a diferencia de los factores psicosociales de riesgo, «tienen una alta probabilidad de dañar gravemente la salud de los trabajadores (...) y que afectan a los derechos fundamentales del trabajador» (Moreno Jiménez, 2011,8). Estos deben entenderse como la interacción entre los factores organizacionales del trabajo (y no únicamente las condiciones materiales del mismo) los factores personales o subjetivos y los relacionales, grupales, interpersonales y sociales. Y que es dicha interacción la que genera una situación que deriva en consecuencias negativas para la salud, principalmente psíquica (García Jiménez y Olarte Encabo, 2010, 18).

Cox y Griffiths (1996, 127-146) diferencian estos conceptos poniendo de manifiesto que los factores de riesgo psicosociales hacen referencia a las características del trabajo y del entorno, del contexto social y organizacional que, junto con las características individuales de la persona trabajadora, tienen la probabilidad de generarle daños. Mientras que los riesgos psicosociales serían los efectos derivados de la exposición a dichos riesgos, que tienen una alta probabilidad de afectar a la salud de la persona trabajadora; sus consecuencias dependerán, además, de la vulnerabilidad de cada persona concreta. Es decir, «los factores de riesgo psicosocial son la causa potencial, mientras que los riesgos psicosociales constituyen el efecto por la exposición a los factores de riesgo» (Castaño, Rueda Ruíz, Alcedo Rodríguez y García Izquierdo, 2017, 358). En este sentido y siguiendo las líneas de estas definiciones, en el siguiente epígrafe se abordará una definición de riesgo psicosocial laboral en consonancia con el marco legislativo actual.

A continuación, se analizarán los diferentes factores de riesgos psicosociales generados por la situación laboral de las mujeres, entre ellos, muy brevemente, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como riesgos psicosociales específicos de género que, como se ha dicho, ya han merecido una mayor atención doctrinal. Dentro de los factores de riesgos psicosociales se podría situar también la doble presencia como específico de género, ya que recae sobre las mujeres la necesidad de responder a las demandas del trabajo doméstico y a las del trabajo asalariado, asumiendo unas cargas que, además de suponer un conflicto trabajo-familia, son una variable muy condicionante a la hora de tomar decisiones de carácter laboral, tales como el ejercicio de los derechos a la adaptación del horario de trabajo, la reducción de la jornada laboral o la excedencia por cuidado de familiares.

1.1. Inseguridad laboral

Uno de estos factores de riesgo psicosocial generados por la situación laboral y la feminización de la precariedad laboral sería la percepción de inseguridad la-

boral, definida por la literatura científica psicológica, como «la incapacidad percibida para mantener la continuidad laboral ante una situación de amenaza del trabajo» (Greenhalgh y Rosenblatt, 1984, 440). La inseguridad laboral como percepción, supone la anticipación de un suceso negativo, en este caso la pérdida de empleo, y de sus consecuencias también negativas para el bienestar económico, psicológico y social de las personas trabajadoras. Esta incertidumbre y ambigüedad respecto a la situación laboral hace que la persona trabajadora no pueda desarrollar estrategias de afrontamiento efectivas y apropiadas para gestionar esa situación de posible desempleo, como se hace ante una condición de pérdida de empleo (Sora Miana, Caballer Hernández y Peiró Silla, 2014, 16).

Esa característica anticipatoria que tiene la percepción de inseguridad laboral se refiere, según la teoría del estrés de Lazarus y Folkman, (1984), a que la anticipación de un suceso negativo o estresante, como puede ser la posible pérdida de empleo, puede ser más estresante y tener más consecuencias nocivas que el propio hecho, es decir, que la propia pérdida de empleo. Además, a diferencia del desempleo, la inseguridad laboral no es inmediata, por lo que el malestar es más prolongado, y las consecuencias de la misma, no están tan reconocidas socialmente como el desempleo, lo que supone menor apoyo social e institucional (Salas Nicás, 2018, 68)

La inseguridad laboral se ha convertido en uno de los principales problemas asociados al estrés laboral en Europa, concretamente, el tercer mayor factor de riesgo psicosocial en el entorno laboral (Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2007). Por ello, es uno de los desafíos a abordar por la Unión Europea, que ya ha adoptado distintas medidas, como la flexi-seguridad (Considerando Directiva 1999/70/CE).

Respecto a los factores determinantes en la percepción de inseguridad laboral según Sora Miana *et al.* (2014, 20) estos serían la antigüedad laboral, la empleabilidad en el mercado laboral, el subempleo y los tipos de jornada y contrato, entre otros. También se añadirían a estos factores el aumento de las tasas de desempleo y de mayor duración y el empleo precario (Rebollo Quintela y Muñoz Cantero, 2017, 122-123). Estos factores que determinan la inseguridad laboral están más presentes en el empleo femenino, caracterizado por mayores tasas de desempleo y mayor duración del mismo, por la temporalidad de los contratos y las jornadas parciales.

La antigüedad laboral supone un factor amortiguador en la percepción de inseguridad laboral, pero, debido a que la vida laboral femenina se caracteriza por su discontinuidad e inestabilidad, las mujeres carecen una antigüedad laboral que les permita minimizar los efectos de este factor de riesgo psicosocial. Además, a esto se le suma la baja participación de las mujeres en la empresa y la segregación vertical, lo que generará que, al encontrarse en puestos inferiores, sean más susceptibles de pérdida de empleo. Uno de los factores que opera en

la discontinuidad laboral es la desigualdad distribución de las tareas del hogar, siendo este factor una de las justificaciones, tanto de la inactividad de las mujeres como de la elección de jornadas parciales. Como ya se ha comentado anteriormente, estas características de parcialidad y temporalidad están más presentes en el empleo femenino, y en muchas ocasiones estas condiciones laborales son involuntarias. Cabe añadir que, la involuntariedad es otra característica de la percepción de la inseguridad laboral.

Respecto a la empleabilidad esta se presenta como «una de las alternativas laborales que dispone un trabajador en el mercado laboral para reducir las experiencias de inseguridad laboral» (Sora Miana *et al.*, 2014, 17). Es decir, la mayor empleabilidad, los mejores puestos y condiciones de trabajo actúan como factores compensatorios de la inseguridad laboral. Por otro lado, el subempleo afecta negativamente a la seguridad laboral, de tal forma que, tanto por sobrecualificación —personas trabajadoras que desempeñan tareas para las tienen superiores cualificaciones— como por subempleo en tiempo —cuando la preferencia de la persona trabajadora no coincide con su tipo de jornada o de contrato, principalmente cuando se prefiere una jornada completa y un contrato permanente— las personas trabajadoras experimentan mayores niveles de inseguridad laboral, ya que no se consideran el recurso más valorado para la organización (Sora Miana *et al.*, 2014,17).

1.2. Exigencias emocionales

El siguiente factor de riesgo psicosocial es la exigencia emocional, que se define como aquellas estrategias necesarias para evitar o gestionar la involucración ante una situación emocional en el trabajo, que deriva de las relaciones interpersonales que implica el puesto de trabajo, y que no se pueden eliminar, por lo que, son características de ciertas ocupaciones que prestan servicios a personas, que además de ser directos, en muchas situaciones tienen una duración determinada en el tiempo y son constantes, por lo que la exposición a este factor de riesgo psicosocial será mayor, como es por ejemplo el caso de los servicios sanitarios o la educación (Moncada, Llorens, Andrés y Molinero, 2014, 29), y otros sectores en los que el control emocional «es considerado un elemento decisivo para la calidad del servicio y para obtener ventaja competitiva» (Martínez Iñigo, 2001, 133). Dentro de esta exigencia emocional también estaría la exigencia de esconder emociones, definida como la capacidad de mantener una apariencia neutral ante el comportamiento de la persona a la que se le presta el servicio o también ante superiores y otro tipo de personal. Esta tarea también es característica de sanidad, enseñanza, servicios sociales, etc. (Moncada, *et al.*, 2014, 29).

Se denomina también trabajo emocional cuando en el rol laboral se requiere que la persona trabajadora exprese o experimente ciertas emociones como parte de su trabajo, es decir, que «el trabajo requiere que la persona trabajadora in-

duzca o suprima sentimientos con el fin de mantener la apariencia externa que produce en otros el estado mental apropiado» (Russell Hochschild, 1983, 7). El principal antecedente del trabajo emocional es la frecuencia de interacción directa con las personas a las que se les presta el servicio, pero existen 4 factores más que forman el trabajo emocional (Morris y Felfman, 1996; 1997. Tomado de Martínez Inigo, 2001, 141). Uno de estos factores sería la frecuencia de expresión emocional, que aumenta cuando las normas que establece la organización para la expresión de emociones son muy explícitas y el control de su cumplimiento es estrecho, cuando la persona que desempeña ese rol laboral es una mujer y cuando la tarea es rutinaria y sistemática, ya que supone normas más precisas.

Otro factor sería la atención requerida por las normas de expresión, que hace referencia a la cantidad de esfuerzo y al nivel de atención que se requiere para poder cumplir con las normas de expresión y de control de emociones. Este factor viene determinado por la duración de la interacción y por la intensidad de la expresión, de tal forma que, las interacciones largas y de mayor intensidad —cuando su mala ejecución va ligada a consecuencias negativas— se requieren mayores niveles de atención y un mayor esfuerzo, lo que conlleva a un mayor malestar.

El tercer factor es la variedad de la expresión referido al número de emociones que la persona trabajadora debe expresar o controlar, de tal forma que, a mayor variedad de emociones, mayores niveles de exigencia emocional tiene que desarrollar la persona. Y, como último factor, tendríamos la disonancia emocional, que aumenta cuando se produce una discordancia entre las emociones experimentadas y las expectativas de la organización sobre esa expresión. También aumenta cuando se intentan controlar todas las vías de expresión de emociones (por ejemplo, cuando además de controlar la expresión verbal también se debe cuidar la expresión no verbal). Según otros autores (Franzway, 2000; Grandey, 2000; Hall, 1993; Hochschild, 1983; Rafaeli, 1989; Schaubroeck y Jones, 2000; Tancred-Sheriff, 1989; Wharton y Erickson, 1995), y según las teorías de socialización diferencial por género, las mujeres desarrollan niveles mayores de trabajo y exigencia emocional, justificado por el rol de expertas emocionales, las mayores expectativas que se depositan sobre ellas respecto a sus habilidades y capacidades para captar e interpretar emociones de otras personas, y por una cuestión de segregación horizontal y de mayor presencia de mujeres en determinadas ocupaciones relacionadas con el cuidado de personas, atención directa al público, etc.

El trabajo emocional como factor de riesgo psicosocial, tiene varias consecuencias negativas para la persona trabajadora y para su bienestar, como indica Martínez Inigo, 2001, 144-146), citando a varios autores (Erickson y Wharton, 1997; Hochschild, 1983, 1990; Leidner, 1993; Abraham, 1998; Brotheridge y Lee,

1998; Grandey, 1998; Kruml y Geddes, 2000; Morris y Feldman, 1997; Zapf, Vogt, Seifert, Mertini e Isic, 1999; Richard y Gross, 1999). Una de estas consecuencias en la alienación y el extrañamiento del yo, que deriva de la simulación de forma continuada de emociones que no está experimentando realmente y da lugar a una dificultad para distinguir sus propias emociones reales y como consecuencia final, su identidad. Esta percepción de pérdida de la identidad y de falta de autenticidad está relacionada con síntomas característicos de la depresión.

Otra consecuencia es el *burnout* o desgaste profesional, reconocido como uno de los principales riesgos psicosociales basados en la evidencia (Moreno Jiménez y Báez León, 2010). En este caso, está relacionado con la disonancia emocional, con el agotamiento emocional, la despersonalización, y, además, el trabajo emocional, también puede provocar interferencias con la ejecución de roles en el ámbito privado, como por ejemplo en la familia. Por último, se encuentran también correlaciones negativas respecto a la satisfacción laboral, a la sintomatología física, principalmente activación cardiovascular con efectos negativos a largo plazo y al rendimiento laboral.

1.3. Doble presencia o conflicto trabajo-familia

Este factor de riesgo psicosocial se considera específico de género debido a los roles tradicionales que sitúan a las mujeres en los espacios privado-doméstico y en el desempeño de trabajos no remunerados en este ámbito. Esto, se suma al proceso de incorporación de las mujeres a los espacios públicos donde desarrollan trabajos remunerados, pero sin abandonar las actividades familiares y domésticas (Tereso Ramírez y Cota Elizalde, 2017, 1). Adoptar una perspectiva de género respecto a la doble presencia permite visibilizar la carga excesiva de trabajo que pesa sobre las mujeres.

El conflicto trabajo-familia se define como «una forma de conflicto de rol, en el que las presiones que resultan del trabajo son incompatibles mutuamente en algún aspecto con las presiones familiares» (Greenhouse y Beutell, 1985, 77). Este concepto tiene un sentido bidireccional, ya que se pueden distinguir dos conflictos en los que tanto el trabajo como la familia interfieren de forma recíproca. Estos autores destacaron 3 fuentes principales de conflicto trabajo-familia, que se dan cuando (1) el tiempo dedicado a un rol dificulta el desempeño de otro rol, (2) cuando la tensión que se produce en la realización de un rol interfiere en otro ámbito y (3) cuando la conducta que se desarrolla en un rol es incompatible con las conductas de otro rol. Posteriormente se añadió otro factor basado en la energía, referido a la falta de esta a la hora de desempeñar las tareas de un rol porque ya ha sido utilizada para otras funciones de otro rol, por lo tanto, el rendimiento será menor.

La doble presencia, como fenómeno de la modernidad tardía, significa la visibilidad del empleo femenino y su legitimación social, pero no la liberación de

las mujeres del trabajo doméstico o un reparto más equitativo. Y es que, el empleo femenino ha surgido como algo específico en relación con la norma social, y se ha naturalizado la idea de la mujer con una doble adscripción productiva y reproductiva, lo que pondría en duda la individualización femenina (Carrasquer Oto, 2009, 10). Concretamente en España, en 2016, las mujeres dedicaban 38 horas semanales al cuidado o educación de menores, 20 horas semanales a cocinar o hacer labores domésticas y 38 horas semanales al cuidado de personas con discapacidad menores y mayores de 75 años, frente a las 23, 11 y 28 horas que dedicaban los hombres respectivamente (INE, 2016). Y es que la realidad laboral femenina está marcada por esta presión que sufren las mujeres a la hora de tener que responder a las demandas del trabajo asalariado y al trabajo doméstico-familiar. La doble presencia se manifiesta en las principales desigualdades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, como serían las tasas de inactividad cuya principal causa es la realización de tareas del hogar, la diferencia de tasa de empleo y la elección de jornadas parciales para poder llevar a cabo el cuidado de personas dependientes y otras obligaciones familiares o personales, el mayor número de excedencias y de mayor duración e incluso abandono del empleo por el cuidado de menores, la sectorización del empleo femenino principalmente el sector servicios, donde las jornadas y los horarios son más flexibles y permiten una mejor conciliación. Estos factores, finalmente desembocan en una menor retribución y una mayor precarización del empleo femenino.

El conflicto trabajo-familia supone una fuente de estrés que tiene tanto consecuencias a nivel organizacional como a nivel familiar. Estas consecuencias pueden darse dentro de un ámbito u otro —del laboral al familiar y viceversa— o dentro del mismo ámbito. Las principales consecuencias serían mayores niveles de insatisfacción laboral e insatisfacción y malestar subjetivo general, mayor intención de abandono de la empresa y efectos a nivel de malestar físico y psíquico, como sintomatología física, agotamiento y estado de ánimo negativo en el trabajo (Ford, Heinen y Langkamer, 2007; Boyar y Mosley, 2007; Hill, 2005; Anderson, Coffey y Byerly, 2002; Mauno, Kinnunen y Pyykkö, 2005. Tomado de Sanz Vergel, 2011, 117-118).

La excepcional crisis sanitaria del COVID-19 ha provocado que la modalidad de teletrabajo haya alcanzado un 34% de personas teletrabajando (Peiró y Soler, 2020, 5), siendo los sectores que mayor posibilidad ofrecen la educación, los servicios sanitarios y sociales, y los relacionados con la información y comunicación, entre otros. Siendo estos, sectores que recogen una mayor presencia femenina. Esta situación supone una mayor dificultad para las mujeres para conciliar el trabajo y la vida personal y familiar, a la que se añade la no presencialidad del sistema educativo durante el periodo de estado de alarma, que requiere el replanteamiento del actual reparto de tareas domésticas y de cuidados y afrontar el reto de la corresponsabilidad con el fin de eliminar las consecuencias negativas para la salud y el desarrollo profesional de las mujeres (Ramos y Gómez, 2020,

5-8). En este sentido, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, entre otras medidas, recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y su aplicación normativa en la modalidad de trabajo a distancia, en lo referido tanto a prevención como a evaluación y planificación. Como se viene indicando, el teletrabajo como forma de trabajo a distancia presenta entre otros inconvenientes la ya mencionada falta de conciliación laboral y familiar, y así lo expone el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de tal forma que, en el artículo 4, relativo a la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación, se establece que:

las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar (art. 4.5).

Debido a que, por lo general, el teletrabajo como mecanismo para la conciliación de trabajo y vida familiar recae de forma mayoritaria sobre las mujeres, con el consiguiente perjuicio para su desempeño laboral (Sierra Benítez, 2020, 3), el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, remite a la negociación colectiva en el procedimiento y criterios que deben seguirse para evitar la perpetuación de roles de género y fomentando la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

1.4. El acoso sexual y el acoso por razón de sexo como riesgos psicosociales

Tomando en consideración los bienes jurídicos afectados por los comportamientos constitutivos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, estos deben ser tenidos en cuenta como una forma específica de riesgo laboral debido a que los efectos de las acciones contra la propia dignidad e intimidad de la persona trabajadora tienen una forma, una naturaleza y unas consecuencias concretas (Moreno Jiménez y Báez León, 2010, 31). Efectivamente, la violencia de género en el trabajo ha tenido un reciente tratamiento como riesgo psicosocial, debido a que las estadísticas ponen de manifiesto que existen unos riesgos específicos para las mujeres relacionados con las condiciones de trabajo, como pueden ser el carácter temporal, las responsabilidades familiares y la subrepresentación en la que se encuentran (Pérez del Río, 2007, 188). En esa línea, en la Nota técnica de prevención N.º 507, sobre acoso sexual en el trabajo, se recoge que estas formas de violencia de género en el ámbito laboral repercuten sobre la satisfacción laboral, incrementa los intentos de evitar tareas e incluso el abandono del trabajo, provocan una disminución de la productividad y menor motivación (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 1999). Así mismo, tanto el acoso sexual como el acoso moral y discriminatorio, en cuanto formas de acoso y violencia en el trabajo, fueron recogidos como riesgos laborales psicosocia-

les en el Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Esas conductas de acoso generan consecuencias graves para la salud física, relacionadas con la sintomatología asociada al estrés, y también se ve afectada la salud psíquica. En sus dos manifestaciones, la violencia de género provoca en la persona que lo sufre una situación psíquica que puede derivar en un trastorno adaptativo con estado emocional ansioso-depresivo¹, y que, por consecuente, genera una incapacidad temporal para el trabajo que exige una situación de baja (Pérez del Río, 2007, 191). Es por esto, por lo que se consideran como accidente de trabajo tal y como se define en el Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981². Así se ha admitido ya en sede judicial, de lo que es muestra la STSJ de Galicia, RS 5818/1996, de 24 enero de 2000, de la que Cabeza Pereiro y Lousada Arochena (2000, 2) señalan que, las lesiones, físicas y psíquicas, derivadas de un acoso sexual, deben «considerarse originadas, a los efectos oportunos, de la contingencia de accidente de trabajo», y, por tanto:

si las lesiones corporales, sean físicas o psíquicas, derivadas de acoso sexual laboral son accidente de trabajo, el riesgo de acoso sexual laboral es un «riesgo laboral», esto es «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo», según lo define el artículo 4.2 LPRL.

A modo de cierre de este epígrafe, respecto a la prevalencia de estos riesgos psicosociales laborales cabe comentar mínimamente que, según los datos del Informe sobre las Exposiciones psicosociales del Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (2019), las diferencias más significativas respecto a la comparación por sexo aparecen ante la necesidad de desarrollar estrategias para evitar la involucración en una situación emocional derivada de las relaciones interpersonales que implica el trabajo, así como en la exigencia de esconder emociones y mantener una apariencia neutral. Respecto a la incidencia del acoso sexual en el trabajo, los resultados del estudio del Instituto de la Mujer sobre el acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral (2006), indican que «el 14,9% de las mujeres trabajadoras en España han sufrido alguna situación de acoso sexual en el último año —acoso técnico—. Sin embargo, este porcentaje se reduce hasta el 9,9%

¹ El trastorno mixto ansioso-depresivo supone un solapamiento clínico entre los trastornos de ansiedad y depresión cuando ninguno de los síntomas de ambos componentes predomina claramente ni tiene la intensidad suficiente para justificar su diagnóstico por separado (Lemos Giráldez, Serafín (2000, 213) *Psicopatología general*. Madrid: Síntesis).

² Tal y como define la OIT «el término «accidente del trabajo» designa los accidentes ocurridos en el curso del trabajo o en relación con el trabajo que causen lesiones mortales o no mortales». (art. 1 a) del Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981) Consultado en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P155

entre las que perciben haber sufrido acoso sexual —acoso declarado—. Según los datos de la Encuesta de Población Activa de 2005, se estima que 1.310.000 trabajadoras han sufrido en España alguna situación de acoso sexual en su trabajo en el último año —acoso técnico—, aunque, son 835.000 las mujeres que lo han vivido como tal —acoso declarado—.

2. Tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales

2.1. Normativa internacional

En lo referente a riesgos psicosociales, no existen Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que hagan referencia expresa a su tratamiento y protección. Sin embargo, las obligaciones preventivas frente a ellos pueden considerarse incluidas en las disposiciones de carácter general en materia de seguridad y salud en el trabajo. Efectivamente, la OIT cuenta con varios instrumentos entre los que destaca el Convenio 155, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores, donde se define la salud no solo como la ausencia de afecciones y enfermedades, sino que también se incluyen aquellos elementos físicos y mentales que la afecten (art. 3.e. C155). Ciertamente es que este Convenio no hace referencia explícita a los agentes sociales y organizacionales que puedan desencadenar riesgos para la salud de las personas trabajadoras, y únicamente se limita a citar los agentes físicos, biológicos y químicos (art. 11.f. C155). Sin embargo, sí que alude a que las políticas deben ir dirigidas, entre otros aspectos, a la adaptación de la organización del trabajo a las capacidades físicas y mentales (art. 5.b. C155), lo que se puede reconocer como un claro componente psicosocial. Por su parte, la Recomendación 164, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores, incluye dentro de una de las Esferas de Acción Técnicas «la prevención de tensiones físicas o mentales provocadas por las condiciones de trabajo y perjudiciales para la salud» (punto 3.e). Dicho Convenio va también acompañado del Protocolo 155, de 20 de junio de 2002, en el que se reconoce la enfermedad profesional como aquella contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad profesional (art. 1.b). Entre estos factores de riesgo podríamos intuir que también se incluyen los factores de riesgos psicosociales, aunque el texto no lo establezca específicamente (Ballester Pastor, 2013, 15).

El siguiente Convenio de la OIT que conecta con algún aspecto relativo a los riesgos psicosociales laborales y a su prevención sería el Convenio 161, de 26 de junio de 1985, sobre los servicios de salud en el trabajo. Su primer artículo hace referencia a la necesidad de designar unos servicios de salud para «(i) establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; (ii) adaptar el trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y

mental» (art. 1.a). Así mismo el Convenio 187, de 15 de junio de 2006, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo y su Recomendación 197, de 15 de junio de 2006, siguen la misma línea, dentro de la promoción de una cultura de prevención. Con todo, la referencia más clara hacia los riesgos psicosociales aparece en la Recomendación 194, de 20 de junio de 2002, sobre la lista de enfermedades profesionales, donde se incluyen los trastornos mentales y del comportamiento como el estrés postraumático y «otros trastornos mentales o del comportamiento» (anexo, punto 2.4, R194). No obstante, a pesar de que la inclusión de los trastornos mentales y de comportamiento como enfermedades profesionales, y de que a lo largo de los distintos convenios y recomendaciones se tienen en cuenta los factores de riesgo que generen estas problemáticas como las condiciones laborales y organizacionales, debe concluirse que los riesgos psicosociales laborales aparecen en la normativa descrita de forma muy escasa y poco definida, lo que afecta al tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales, a su prevención e intervención.

También se podrían conectar los riesgos psicosociales con el concepto de «trabajo decente», al que alude por primera vez la Memoria del Director General presentada a la 87.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre trabajo decente. En ella se hace mención a la necesidad de implementar una política de género, ya que la actividad de la OIT se limita únicamente a «declaraciones sobre la igualdad para la mujer y a sus derechos» (OIT, 1999), pero no existe una política integrada que responda a la situación de evolución del empleo y la actuación de la mujer en la población activa, por la que se han generado nuevas condiciones de vida y de trabajo que han quedado al margen de la legislación y la protección social, dando como resultado que las mujeres hayan sido las principales víctimas de este cambio debido a la segregación laboral de las mismas en los sectores menos protegidos y con mayor inseguridad de empleo.

Cabe mencionar también, de manera específica y en relación con el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral, la importancia del recientemente adoptado Convenio 190 de la OIT de 21 de junio de 2019, sobre la violencia y el acoso, que protege a las personas trabajadoras, sin tener en cuenta su tipo de contrato (art. 2), de estas situaciones tanto si ocurren durante el desarrollo del trabajo, incluyendo las comunicaciones vía tecnológica, como en los espacios y lugares del trabajo y también en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo (art. 3). Respecto a este Convenio, España había iniciado los trámites para proceder a su ratificación en marzo de 2020; sin embargo, esta aún no ha tenido lugar. Esa ratificación supondrá, cuando se produzca, la adopción por fin de «un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo». Enfoque que tendrá en cuenta también la violencia y el acoso que implique a terceros (art. 4.2. C190). Además, su ratificación supondría una reorganización y actualización de los conceptos existentes en las distintas normas

de nuestro ordenamiento jurídico, lo que sería una buena oportunidad para solucionar el debate conceptual sobre los elementos definitorios de los distintos comportamientos, conductas y daños que causan y/o son susceptibles de causar (Pons Carmena, 2020, 55-56). Indica la autora que su ratificación, junto con la STC 56/2019, de 6 de mayo de 2019, eliminaría la distinción entre acoso moral y acoso discriminatorio, ya que:

en ambos casos se apuesta por un concepto amplio, que debe tener como referencia principal la protección de la persona que presta servicios por cuenta ajena «frente a toda conducta que pueda poner, porque así lo quiera o porque así resulte, en peligro su integridad y dignidad (arts. 10.1 y 15 CE)». (...) Ni el elemento subjetivo (intencionalidad), ni el elemento reiteración, ni el elemento de resultado (producción efectiva y acreditada de un daño) deben exigirse como constitutivos del tipo jurídico acoso laboral en la doctrina constitucional a partir de la STC 56/2019, de 6 de mayo de 2019, como tampoco lo son en el concepto previsto en el Convenio OIT 190 (art. 1.1.a) y tampoco deberían serlo si se produce la ratificación del mismo.

2.2. Normativa comunitaria

Como es sabido, en el marco del Derecho comunitario en materia de seguridad y salud en el trabajo destaca la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Esta norma hace mención a la aplicabilidad de sus disposiciones atendiendo a todos los riesgos profesionales, fórmula omnicomprendiva en la que deben entenderse ya incluidos también los riesgos psicosociales. Además, explícitamente se menciona en ella la prevención de los riesgos psicosociales dentro de las obligaciones generales del empresariado, señalando que aquella comprende «la planificación de la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo» (art. 6.1.g. Directiva 89/391/CEE). Circunstancias todas ellas que constituyen, en definitiva, factores de riesgo psicosociales. Así lo ha entendido el legislador español al trasladar esas previsiones en el artículo 15.1.g) de la LPRL. Conviene poner de manifiesto que también se hace referencia a la evaluación de los riesgos para la salud y la seguridad de las personas trabajadoras con riesgos especiales (art. 9. 1.a. Directiva 89/391/CEE), entre las que se podrían incluir las mujeres, debido a los riesgos específicos que sufren, tales como el acoso sexual y por razón de sexo y la doble presencia.

Por otra parte, cabe mencionar que la Unión Europea también desarrolla políticas públicas que se concretan en documentos de *soft law* que también abordan la problemática de los riesgos psicosociales. Así, según la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo, 2002-2006 (Comisión de las Comuni-

dades Europeas, 2002) se tiene en cuenta el proceso de cambio y transición del mercado laboral, así como la evolución de la población activa, donde se incluye el crecimiento del empleo femenino. De esta forma se considera la dimensión de género en la evaluación y control de la calidad del empleo. También se incluye dentro de esta evolución, la diversificación de las formas de empleo, tales como los trabajos temporales y los horarios atípicos. Factores, como se expuso, considerados de riesgos psicosociales y especialmente conectados con la situación laboral de las mujeres (vid. *supra*. epígrafe 1). Tras este diagnóstico de las nuevas situaciones laborales, se propone el tratamiento normativo de los denominados «riesgos emergentes», entre los que se encontrarían riesgos psicosociales tales como el trabajo precario, el trabajo irregular y flexible, la violencia y el acoso laboral y la deficiente y la incompatibilidad entre vida y trabajo (Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2007). Esta Estrategia plantea la necesidad de «fomentar un verdadero bienestar en el trabajo que sea tanto físico como moral o social y que no se mida sólo por la ausencia de accidentes o de enfermedades profesionales» (Comisión de las Comunidades Europeas, 2002).

Bajo este pretexto, y dentro de una las medidas complementarias para cumplir este objetivo, se incluye, en torno a la salud laboral, la prevención de los riesgos psicosociales, que son tratados como un nuevo riesgo laboral que deriva de la evolución del mundo del trabajo. Posteriormente, la Comisión Europea adoptó, el 21 de febrero de 2007, la nueva Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo, para mejorar la calidad y la productividad en el trabajo, donde se tiene en cuenta que:

la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, p. 4)

En los documentos comunitarios también se hace referencia al aumento de algunos tipos de enfermedades profesionales, entre ellas, las «alteraciones derivadas de presiones psicológicas», y al desarrollo de nuevos riesgos, donde se menciona el acoso sexual. Ambas Estrategias mencionan la necesidad de investigar, prevenir y consensuar políticas, así como mejorar y reforzar la aplicación de la legislación comunitaria ante estos nuevos riesgos, haciendo especial mención a la salud mental en el trabajo. En concreto, en relación con los riesgos psicosociales, en la Estrategia 2002-2006, se hace referencia a «la creación de una nueva legislación relativa a los riesgos emergentes» entre los que se encuentran varios riesgos psicosociales, principalmente la violencia en el trabajo.

Una vez expuestas, sin ánimo de exhaustividad, las principales disposiciones comunitarias de referencia, es preciso señalar que la doctrina ha puesto de relieve

que el contexto normativo actual no favorece la unificación en materia de condiciones de trabajo, lo que se traduce en un tratamiento «peculiar» de los riesgos psicosociales (Ballester Pastor, 2013, 2-6). A pesar de esta «desnormativización» de los riesgos psicosociales que indica esta autora, se desarrollaron entre 2004 y 2007 dos Acuerdos Marco Europeos, uno sobre el estrés laboral, de 8 de octubre de 2004, y otro sobre el acoso y la violencia en el trabajo, de 26 de abril de 2007, que, a pesar de sus limitaciones, fueron imprescindibles para el reconocimiento de los riesgos psicosociales por parte de los Estados miembros y que estos fueran incluidos en las normas preventivas, con especial atención a aquellos con un carácter y consecuencias más graves, como el acoso discriminatorio. Cabe destacar que la violencia en el trabajo como riesgo psicosocial ha sido el tipo de riesgo más fácil de identificar y sobre el que existe más acuerdo, incluso en los casos de violencia externa procedente de terceros, que, como se refiere en el acuerdo en el ámbito de la Unión Europea denominado «Directrices multisectoriales» también debe formar parte de la evaluación de riesgos (García Viña, 2013, 6).

Finalmente, es oportuno señalar que, la realidad europea es que existe una diversidad de modelos reguladores y de experiencias aplicativas en los casos en los que sí existe una regulación de los riesgos psicosociales, como ocurre en Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca y Holanda (García Jiménez y Olarte Encabo, 2010, 53). Siguiendo esta línea, Velázquez Fernández (2020, 61-62) afirma que la regulación de estos riesgos conlleva particularidades debido a este elemento de indefinición, que no se da en otras disciplinas preventivas, en las que sí se establecen unas medidas concretas exigibles a las empresas. En suma, si la legislación precisara también las obligaciones en materia de riesgos psicosociales la existencia de unas disposiciones legales claras mejoraría la calidad de las acciones llevadas a cabo en las organizaciones.

2.3. Normativa estatal

A nivel estatal, España no cuenta con una legislación específica en materia de riesgos psicosociales, sino con una regulación genérica que provoca incertidumbres sobre el alcance del deber de prevención en este terreno. No existe un consenso científico sobre la forma concebir y tratar los riesgos psicosociales en el trabajo, ni por tanto tampoco hay una teoría unitaria y consensuada sobre estos riesgos (Gollac y Bordier, 2011, 23), lo que se ha traducido en esa ausencia de regulación específica y por consiguiente en una carencia en materia de intervención y prevención (García Jiménez y Olarte Encabo, 2010, 16).

La definición de riesgos psicosociales debe contener aquellos factores organizacionales, relacionales y personales que en interacción tengan una alta probabilidad de generar riesgos para la salud, entendiéndola en un sentido amplio. Siguiendo estas líneas, la definición que debe aplicarse en el marco legislativo actual, según Molina Navarrete (2011, 2) sería aquella que entienda los riesgos psicosociales como:

la relación de probabilidad de que un trabajador sufra un determinado daño a su salud física y psíquica derivado de la interacción entre la organización del trabajo: condiciones de trabajo, sistemas productivos y contenido de su tarea, su ambiente o entorno, interno —relaciones sociales entre el personal de las empresas (dirección, compañeros)— y externo —relaciones del personal con terceras personas implicadas en su actividad (clientes, usuarios...), y sus características personales.

Como ya se anticipó, a pesar de esa falta de regulación específica, sí se puede entender que en el concepto genérico de riesgo laboral se incluyen «todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a los que esté expuesto el trabajador» (art. 7.d. LPRL). Reconociéndose estas condiciones de trabajo como generadora de riesgos para la seguridad y la salud de la persona trabajadora. De esta forma, aunque no exista una previsión normativa expresa, sí que implícitamente atiende el ordenamiento español a los riesgos psicosociales como aquellos relacionados con las características de la organización y con las condiciones de trabajo. Así se entiende también en la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007, de 2 de julio de 2007, al basarse en el art. 14 LPRL, por el que:

en cumplimiento del deber de protección (...) el empresario —y la Administración— deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (STC 160/2007, de 2 de julio de 2007, FJ 5).

Se hace también referencia en la LPRL a los factores psicosociales que se recogen en la definición de Molina Navarrete. Así, respecto al proceso de acción preventiva se hace referencia a su planificación «buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo» (art. 15.1.g LPRL). Dicho artículo:

está reconociendo no sólo el deber de actuar sobre riesgos físicos, probablemente los más tradicionales (...), sino también sobre los riesgos psicosociales, que podríamos calificar como riesgos de «última generación» y que han adquirido relevancia en el ámbito del sector servicios y, en general, a propósito de la discusión sobre las formas de liderazgo y de dirección de personas, a fin de evitar situaciones de acoso y de estrés (Luque Parra y Sánchez Torres, 2008, 108)

Y, por otro lado, aunque de forma muy genérica, se menciona la protección de trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, de tal forma que «el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad

física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias» (art. 25.1 LPRL).

3. Protección ante los riesgos psicosociales con perspectiva de género

3.1. El principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral

En el plano internacional son numerosas las disposiciones que recogen el derecho al trabajo y a desarrollarlo en unas condiciones equitativas. Entre ellas destaca el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que recoge la obligación de los Estados Parte a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral, con el fin asegurar la igualdad de condiciones entre mujeres y hombres. También la OIT ofrece un amplio respaldo respecto a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral que se establece principalmente en la Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, de junio de 2009, donde resulta relevante, la mención específica a las desigualdades estructurales a las que se enfrentan las mujeres, y por ello, recogen que se debe incluir en las políticas de empleo la perspectiva de género (art.14 y 15). Se mencionan otros objetivos tales como la reducción de las «situaciones de trabajo precario (...), inseguro e inestable (...) aplicando una perspectiva de género (art. 21), la disminución de la desigualdad de remuneración (art. 18), el aumento de la empleabilidad de las mujeres y su inclusión en actividades y sectores donde predominan los hombres (art. 53) y la adopción de medidas ante la «economía informal, donde las mujeres (...) se encuentran en trabajos precarios, atípicos y mal remunerados» (art. 43). Para su consecución, la Resolución establece que los estados miembros deben ratificar y aplicar los Convenios 100, de 29 de junio de 1951, sobre igualdad de remuneración, y 111, de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación).

En el Derecho comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hace referencia a que «la igualdad entre hombres y mujeres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo trabajo y retribución» (art. 23). El Derecho originario recoge también el principio de igualdad entre mujeres y hombres en lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (art. 153.1.i TFUE), y siguiendo con lo aquí establecido, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) recoge también que se deben reducir «las desigualdades en cuanto a empleo y protección social, incluidas las diferencias de retribución entre mujeres y hombres» (DOUE 25-5-2011, C155/12, punto 1) mediante medidas para «promover el

empleo de la mujer (...) y reducir las desigualdades en materia de empleo; eliminar los estereotipos de género (...) con el fin de reducir la segregación por sexos en el mercado laboral; y garantizar una misma retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (DOUE 25-5-2011, C155/12, apartados a, b y c).

En el Derecho derivado destaca la Directiva 2006/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que establece que «no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público y privado (...) en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo (...); c) las condiciones de empleo y trabajo (art. 14).

A nivel estatal, la Constitución Española (en adelante, CE) recoge la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que «la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2. CE) y el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de sexo. Es conocido que el 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 (en adelante, ET) recoge en su artículo 17.1 la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, de aplicación también en materia de negociación colectiva (art. 90 ET).

De una forma más amplia, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH) recoge el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y la ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo (art. 3), y su integración en las políticas laborales será un criterio general de actuación de los Poderes Públicos (art. 14.2). Esta Ley desarrolla en el Título IV el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades bajo distintos preceptos en materia de mejora de la empleabilidad de las mujeres, de conciliación y corresponsabilidad y mediante la elaboración de los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. En relación con los planes de igualdad, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, introduce nuevas normas reglamentarias que contribuyen a garantizar el contenido del Capítulo III de la LOIEMH en lo relativo a la promoción de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral (López Cumbre, 2020, 37).

Concretamente, en materia de riesgos psicosociales laborales el artículo 27.3.c de la LOIEMH incluye dentro del principio de igualdad en la política de salud «la protección, promoción y mejora de la salud laboral», reconociendo también el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. También la LPRL recoge, dentro de los

objetivos de la política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo, que «las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, (...) con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores» (art. 5.4).

Por último, dentro de las condiciones de trabajo, en materia de retribuciones, además de los preceptos constitucionales ya comentados sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo³, la legislación ordinaria estatal recoge varias disposiciones sobre igualdad retributiva. El ET dedica su artículo 28 a la igualdad de remuneración por razón de sexo y recoge en su apartado primero que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella». Como señala Martínez Moreno, (2019, 106) este artículo:

incorpora una extraña presunción de la existencia de la brecha que presenta otros tantos inconvenientes: primero, se aplica a empresas con plantillas a partir de 50 trabajadores, lo que augura una muy escasa relevancia práctica de esta medida; exige además un promedio de un 25% de diferencia salarial entre uno y otro sexo, lo que planteará el problema de la forma de medición y el añadido de que esta se lleve a cabo efectivamente (...); y que, por si fuera poco, permite al empresario incluir en el correspondiente registro una justificación de esa diferencia, abriendo una peligrosa espita a actuaciones arbitrarias o difícilmente controlables por parte de la empresa.

Cabe mencionar brevemente el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que tiene como objeto, a través del principio de transparencia retributiva, «la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo (art. 3)», y la obligación de igual retribución por trabajo de igual valor (art.4), conforme al artículo 28.1 ET, con el fin de superar el reto de la discriminación retributiva por razón de sexo, y más concretamente, la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo.

³ En los instrumentos internacionales y comunitarios, ya mencionados, se encuentran varias disposiciones en materia retributiva, como por ejemplo en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 24.2), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7.1.a.i), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 1.d), el Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, la Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, el artículo art. 157.1 de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta Social Europea (art. 4.3), cuya versión revisada de 1996 no está ratificada por España, la Carta de Derechos Fundamentales (art. 23), la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (apartado 16), y la Directiva 2006/54/CE en el Derecho comunitario derivado (art. 4).

3.2. Prevención de la doble presencia

El conflicto trabajo-familia como factor de riesgo psicosocial cuenta, como se mostró en el epígrafe anterior, con medidas que fomentan y favorecen la conciliación entre la vida laboral y familiar. Sin embargo, estas herramientas y derechos no se aplican desde una perspectiva de prevención de riesgos psicosociales, sino que son «medidas complementarias a las previsiones legales que no observan especiales innovaciones ni enfoques diferenciales en su tratamiento como factores de riesgo psicosocial» (Grau Pineda, 2017, 53).

A nivel organizacional, para fomentar la conciliación trabajo-familia debe existir una cultura flexible y basada en una comunicación abierta, que no se preocupe exclusivamente por la productividad directa, sino también por los recursos humanos. En esta línea, las medidas de apoyo a la conciliación familiar deben ir dirigidas a la organización del tiempo laboral de tal forma que los horarios sean más flexibles que las personas trabajadoras cuenten con un tiempo personal en el que tengan oportunidad de recuperación, para reducir el agotamiento. A diferencia de lo que está ocurriendo estos últimos años, debido a que en la cultura organizacional no se reconoce la importancia de la conciliación familiar, las políticas en esa materia no pueden quedar relegadas a un segundo plano, sino que deben implementarse dentro de un plan estratégico más amplio, donde se lleven a cabo medidas de flexibilidad y de reducción de carga de trabajo (Sanz Vergel, 2011, 123). En este sentido, López Nuñez (2020, 155) indica que las organizaciones son fundamentales a la hora de fomentar el equilibrio trabajo-familia, de tal forma que son las que deben «adoptar una cultura de conciliación y corresponsabilidad, un correcto diseño del puesto de trabajo, y el desarrollo de políticas de conciliación». De esta forma, las medidas preventivas deben ir dirigidas a adoptar políticas y medidas laborales, culturales y sociales, desde una perspectiva más integral, que vayan en el sentido de lograr una corresponsabilidad de mujeres y hombres para el cuidado y atención del trabajo doméstico y familiar. Tal y como indican Brunel, López y Moreno (2012, 27-28) la prevención e intervención de los riesgos derivados de la doble presencia deben abordarse desde una actuación múltiple donde, por un lado, las empresas identifiquen, valoren y actúen ante este riesgo, mediante la evaluación de riesgos psicosociales y la negociación de los planes de igualdad. Indican estas autoras que «la experiencia es que la intervención sindical se ha centrado en mejorar la adaptación y distribución del tiempo de trabajo, y en la difusión y ampliación de los derechos recogidos en la normativa igualitaria y la corresponsabilidad relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral». Así mismo, señalan que:

las distintas medidas a adoptar legislativas, laborales, culturales y sociales, en materia de corresponsabilidad deben encuadrarse en una perspectiva más integral orientada a la eliminación de las diversas formas de discriminación por razón de sexo y para

avanzar en la corresponsabilidad de mujeres y hombres para el cuidado y atención del trabajo doméstico y familiar.

Respecto a las condiciones de trabajo, en materia de conciliación, corresponsabilidad y jornada laboral el Convenio 156 OIT ⁴, de 23 de junio de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por España en septiembre de 1985, dispone que, con el objetivo de «crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras (...) cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales» (art. 3.1). De tal forma que la responsabilidad familiar no constituya de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo (art. 8). También, la ya mencionada Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente (vid. *supra*. subepígrafe 2.1), recoge «la necesidad de que los Estados miembros adoptasen medidas para promover y favorecer un mayor equilibrio entre trabajo y la vida familiar» (punto 28), y que las medidas deben ir también dirigidas a alentar a los hombres a participar en las responsabilidades de cuidado y a que las responsabilidades sean compartidas con el fin de eliminar estereotipos de género que suponen una forma de discriminación en el ámbito laboral (puntos 6 y 17).

En la Unión Europea cabe destacar la nueva 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 cuidadores⁵, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Esta norma recoge como derechos individuales «a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; y b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores» (art. 1 DOUE 12-7-2019, L 188/85), considerando que «las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios».

⁴ Otros Convenios de la OIT que también recogen medidas en materia de conciliación y jornada, aunque estos no fueron ratificados por España, serían, el Convenio 175, de 24 de junio de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial, y el Convenio 183, de 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

⁵ Otros instrumentos europeos que regulan la conciliación familiar y la jornada laboral serían las ya mencionadas Carta de Derechos Fundamentales y la Carta Social Europea, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020, y la Directivas 2006/54/CE. Sin embargo, a pesar de la evidente relación, no hay referencias a la conciliación en la Directiva 98/23/CEE, sobre tiempo parcial, ni en la Directiva 2003/88/CEE, sobre la ordenación del tiempo de trabajo.

En cuanto al derecho estatal español, la LOIEMH establece en su artículo 48, apartados 1 y 3, que, «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio», reconociéndose «a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad». Esta Ley introdujo varias disposiciones en materia de conciliación y corresponsabilidad en el ET, concretamente introduce un apartado 8 en el artículo 34 – introducido por la Disposición adicional décimo primera de la LOIEMH –. A su vez, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modifica el apartado 4 del artículo 37, lo que supuso que los derechos aquí recogidos fueran individuales e intransferibles al otro progenitor, introduciendo la corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres.

Por otro lado, la redacción del artículo 34.8 ET, «impide superar la percepción demasiado generalizada de que el cuidado familiar no es responsabilidad empresarial, sino que pertenece a la esfera individual y familiar», y olvida que el derecho a la conciliación familiar es un derecho fundamental, como indica el Tribunal Constitucional⁶. De esta forma, en el art. 34.8 ET, deberían estar al mismo nivel el derecho a la ordenación temporal por conciliación familiar y el derecho a que dicho ejercicio no altere esencialmente la organización empresarial, pero dicho artículo «disminuye la eficacia del derecho a la conciliación familiar situándolo en un nivel inferior al derecho a la organización empresarial, condicionando en todo caso su ejercicio a lo establecido en el convenio colectivo». Tanto la LOIEMH como los planes de igualdad podrían haber reajustado este derecho subjetivo a la adaptación de jornada, en vez de seguir centrándose en los permisos y derechos de ausencia (Ballester Pastor, 2012, 66-67). Indica la autora que:

una mayor implicación de la norma estatal podría haber establecido un punto de referencia más susceptible de ser ocupado por los planes de igualdad y/o por los convenios colectivos a efectos de configurar mecanismos de ordenación temporal consecuentes con los objetivos de la corresponsabilidad.

Sin que aquí se pretenda hacer un análisis en profundidad cabe matizar que el Plan MECUIDA, que se enmarca dentro de las medidas excepcionales contra el COVID-19 aprobadas por el Real Decreto – Ley 8/2020, de 19 de marzo, a

⁶ En la STC 26/2011, de 4 de marzo, se reprocha «el hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE» (FJ. 6).

diferencia de lo previsto en materia de adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación en el artículo 34.8 del ET, contempla un nuevo derecho a la adaptación horaria y reducción de jornada a efectos de facilitar el cuidado sin que su ausencia pueda implicar ninguna sanción. De esta forma, con esta medida parece configurarse un «derecho subjetivo perfecto» «en favor de las personas trabajadoras interesadas al que no podría negarse (aunque sí a los términos de su ejercicio) la empresa afectada ni por el que se les podría sancionar y/o despedir» (Barrios Baudor, 2020, 5-11).

Respecto a la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo, se incluyen en el artículo 48 del ET —apartados 4, 5, 6, 7, 8 y 9 modificados por RDL 6/2019—, los supuestos de parto, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, y además se incluye un nuevo artículo 48 bis, en el que se recoge también la suspensión de contrato por paternidad (Disposición décimoprimer de la LOIEMH), considerándose nula la extinción en estos supuestos (art.53.4 ET).

3.3. Prevención del acoso contra las mujeres en la empresa

A nivel nacional, podríamos encontrar el fundamento de la protección que protege de las personas trabajadoras frente al acoso sexual y del acoso por razón de sexo en los artículos 10 (derecho a la dignidad), 14 (derecho a la igualdad y no discriminación), 18.1 (derecho al honor y a la intimidad) y en el art. 35.1 (derecho al trabajo) de la Constitución Española. Respecto a estos derechos constitucionales, indica Vallejo Dacosta (2006, 66) que:

en todos los supuestos de acoso laboral, es la dignidad de la persona y todos los demás derechos fundamentales —personales e individuales— referenciados en el texto constitucional los que se ven violentados por una actitud de hostigamiento o violencia en el trabajo. Todos los supuestos de acoso laboral sean por los motivos que sean, constituyen, ante todo, vulneración de los derechos de los trabajadores a su dignidad e integridad moral y todos los demás derechos lesionados quedarán absorbidos por éste o bien, simplemente concurrieran unos con otros. Al fin y al cabo, en ambos casos nos encontramos en el plano de los Derechos Fundamentales por lo que las medidas de tutela jurídica serán sustancialmente coincidentes.

Estos derechos fundamentales aparecen recogidos en la definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo que contiene la LOIEMH en su artículo 7. En esta definición la LOIEMH elimina la referencia a que el acoso deba ser indeseado, ya que el propio concepto de acoso implica que sea indeseado por su víctima y que esta así lo sienta y denuncie, de tal forma que, si fuera deseado, no sería acoso. Por tanto, establece como elemento definitorio la ofensividad lo que resulta más problemático debido a su interpretación y subjetividad, ya que el sujeto activo puede negar la ofensividad de su acto (Pérez del Río, 2007, 127-190). Según esta autora, el desarrollo normativo de estos derechos consti-

tucionales se realiza mediante el art. 4.2.d) del ET que reconoce el derecho de toda trabajadora a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, el art. 19 ET según el cual, las personas trabajadoras, en la prestación de sus servicios, tendrán derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y por el texto refundido de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que, aunque no contiene normas específicas relativas al acoso, «según reitera la doctrina laboralista resulta incontestable que la prevención del acoso entra de lleno en la obligación de protección del empresario como riesgo susceptible de provocar daño en la salud de los trabajadores». De forma más específica, habría que incluir también el artículo 4.2.e ET que, desde las modificaciones introducidas por la LOIEMH, recoge el derecho de las personas trabajadoras «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente (...) al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

En la Exposición de Motivos de la LOIEMH se recoge el refuerzo de la protección del derecho de igualdad de oportunidades laborales incluyéndose la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo entre los derechos laborales, así como las consecuencias jurídicas de estas conductas discriminatorias, que, hasta el momento, eran regulados por la LPRL, bajo el carácter extensivo del concepto de normativa de prevención de riesgos laborales que se menciona en el artículo primero de la LPRL, aunque de una forma inadecuada e insuficiente, sumado a una falta de sensibilidad y formación para garantizar una correcta aplicación de la norma (Pérez del Río, 2007, 196).

De manera específica, el artículo 48.1 de la LOIEMH establece como medidas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, que «las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación». El segundo apartado de dicho artículo recoge que «los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos». Al recogerse literalmente que «las empresas deberán promover (...)», esto supuso la obligación de la empresa de desarrollar medidas preventivas ante el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral, lo que provocó un cambio jurídico trascendental en el ámbito laboral y en materia de prevención del acoso sexual y por razón de sexo y de sanción en caso de su incumplimiento (Kahale Carrillo, 2017, 402).

Se ha dicho que la LOIEMH no supone un gran avance en materia de prevención de riesgos laborales, por varios motivos, tal y como indica Igartua Miró (2009, 1330), el primero, porque se limita la protección al ámbito de las políticas públicas y las actuaciones van dirigidas a las Administraciones, en segundo lugar, porque, aunque recoge la prevención del acoso, su materialización queda en manos de terceros, en concreto a la negociación colectiva. Y, por último, no existe una coordinación clara entre las obligaciones al empresario en relación a evitar el acoso sexual y por razón de sexo con la política de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, consideramos que esta norma da un amplio margen a las empresas y a la negociación colectiva para regular y concretar las distintas medidas específicas de prevención frente al acoso sexual y por razón de sexo. Además, la redacción del art. 48.1. LOIEMH sí establece algunas medidas genéricas de carácter obligatorio para las empresas (Lousada Arochena, 2008, 365-366), como sería la promoción por parte de las empresas de «condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo»; el «arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones»; «la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, y la realización de campañas informativas o acciones de formación» mediante la negociación colectiva, lo que obliga a una colaboración con la representación de los trabajadores y trabajadoras. Por otro lado, este artículo también recoge la obligación de la representación del personal a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. Conclusiones

Primera. La situación laboral de las mujeres en España refleja las desigualdades con los hombres en el ámbito laboral que, a pesar del camino ya recorrido y de los avances conseguidos, siguen predominando en la relación con el mercado de trabajo. Resulta relevante cómo la distribución desigual de las tareas domésticas y los cuidados familiares, la falta de corresponsabilidad familiar, junto con la segregación del empleo por sexos suponen factores determinantes en las condiciones de trabajo de las mujeres, que tienen como consecuencias más llamativas la brecha salarial de género y la precariedad del empleo femenino. Siendo la corresponsabilidad y el reparto equitativo de las tareas domésticas y de cuidados tan decisivos en la situación laboral de las mujeres, las políticas deben ir dirigidas fundamentalmente a conseguir una mayor sensibilización desde edades muy tempranas, en la que se eliminen los roles y estereotipos de género que asocian las actividades domésticas y de cuidados a las mujeres. Además de este replanteamiento, es necesario ampliar la oferta pública de los servicios profesionales que cubran estas tareas con el fin de eliminar la doble presencia. Así mismo, la LOIEMH debería recoger que en los planes de igualdad y convenios colectivos se reajuste el derecho a la or-

denación temporal por conciliación familiar en vistas a mejorar la adaptación de jornada, en vez de seguir manteniendo que las medidas sean principalmente los permisos y derechos de ausencia, aspectos que generan una menor participación y promoción de las mujeres en el ámbito laboral.

Las principales características del empleo femenino, como son la inestabilidad e inseguridad laboral, la doble presencia y la mayor ocupación femenina en el sector servicios, lo que quiere una mayor exigencia emocional y de control de emociones, son factores de riesgo psicosociales que no aparecen únicamente ligados a cuestiones organizacionales o de gestión del trabajo, sino que forman parte de la condición de las mujeres en el trabajo. Es decir, no son factores que exclusivamente formen parte de la cultura organizacional propia de la empresa y se circunscriban a aspectos internos de la entidad empleadora de que se trate, sino que también se deben a cuestiones culturales y sociales, visibles en cualquier ámbito y que, por tanto, también se proyectan en el ámbito laboral. Por ello, las políticas interventivas y preventivas deben, de forma muy ambiciosa, ir más allá de las cuestiones puramente empresariales, que, por supuesto deben regularse de forma explícita en toda la normativa relativa a esta materia, alcanzando las diferentes actuaciones a todos los ámbitos sociales. Esta será la forma de producir cambios estructurales que se acaben traduciendo en una mejora de las condiciones laborales y sociales de las mujeres.

Resulta muy relevante que, en relación con los derechos, en principio temporales, creados para atender a las necesidades derivadas de la COVID-19 con el llamado Plan MECUIDA, el legislativo, por fin, parece haber creado un auténtico derecho subjetivo a la adaptación de la jornada laboral por esas necesidades de conciliación que supera la configuración más tradicional del derecho, más supeditado a lo establecido por el acuerdo individual o el Convenio Colectivo. Cabría plantear qué sería más oportuno, una vez superada la situación de la COVID-19, retornar a lo establecido en el art. 34.8, o, por el contrario, mantener esta medida más favorable para la atención de los intereses conciliatorios de las personas trabajadoras.

Segunda. Respecto al tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales en la normativa internacional, comunitaria y estatal, este resulta muy escaso, a pesar de que, sobre todo a nivel internacional y comunitario, se consideren como unos riesgos laborales emergentes y de especial importancia debido a su alta prevalencia y que, como indica la OIT, estos riesgos suponen un reto en materia de seguridad y salud en el trabajo, contempla especialmente el estrés. En el caso nacional, la LPRL no menciona los riesgos psicosociales laborales, aunque se entienden al recogerse en el concepto genérico de riesgos laborales todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, pero sin hacer ni siquiera mención expresa al término «riesgos psicosociales». Sería pues, un gran avance a nivel preventivo que la LPRL dedicase un capítulo al tratamiento,

definición y tipo de riesgos que se incluirían en la misma, y por supuesto, adoptando de forma más explícita medidas combatirlos. Se debería añadir también a la LPRL un procedimiento de evaluación de riesgos psicosociales laborales específico, en el que también se tenga en cuenta la perspectiva de género y no se limite a la protección de la salud de las mujeres trabajadoras a lo relativo a la maternidad y lactancia natural. La evaluación de los riesgos psicosociales laborales debe comprender la identificación del riesgo, el análisis de su probabilidad y gravedad con el fin de establecer la magnitud de las medidas preventivas e interventivas, y, por último, una evaluación de seguimiento

Si además tenemos en cuenta la perspectiva de género, la normativa no facilita su prevención, y únicamente se centra en riesgos físicos y relacionados con la maternidad y la lactancia natural, aunque sí existen documentos y publicaciones, sobre todo de la OIT, que recogen la importancia de incluir la perspectiva de género en la prevención de riesgos psicosociales laborales. Sí que se podría decir que se tiene en cuenta la perspectiva de género, como es lógico, en el tratamiento de los riesgos psicosociales cuando se alude al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, ambos más reconocidos junto con el estrés, tanto a nivel internacional y comunitario, y principalmente en la LOIEMH a nivel estatal. Ciertamente, la LPRL no menciona el acoso sexual y por razón de sexo; sin embargo se entiende que la normativa de prevención de riesgos laborales también la componen las disposiciones recogidas en la LOIEMH sobre esta materia, ya que el primer artículo de la LPRL hace referencia a que la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por dicha Ley, otras normas, legales o convencionales, que contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito. Por ello, la LOIEMH podría introducir modificaciones en la LPRL con el objetivo de incluir la perspectiva de género en el tratamiento, prevención e intervención de los riesgos psicosociales laborales.

Tercera. Por último, en materia de acoso sexual y por razón de sexo, fenómenos que progresivamente se han considerado un problema social y laboral emergente, su normativización tanto por parte de la OIT, de la ONU, del Derecho comunitario y del Derecho español, ha generado distintas definiciones y tratamientos del acoso en el ámbito laboral sobre las que aún no hay mucho consenso, lo que limita su intervención y prevención.

A nivel estatal, la LOIEMH supuso un gran avance al reconocer, aunque sin calificarla así, la violencia de género en el trabajo mediante las distintas referencias que se hacen en ella al acoso, mejorándose tanto su tratamiento normativo en el ámbito laboral como su prevención y tutela. Fue enorme el progreso al recogerse la obligatoriedad de incluir un plan de igualdad en la empresa, aunque haciéndola depender de su tamaño, donde se recogerán, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

5. Bibliografía

Doctrina

- BALLESTER PASTOR, M. Amparo (2012). La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, (25), 53-77.
- BALLESTER PASTOR, M. Amparo (2013). La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(4).
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. (2020). Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA Adaptations and/or special reductions in working hours due to the health crisis COVID-19: Plan MECUIDA. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6).
- BRUNEL, Susana, LÓPEZ, Montse y MORENO, Neus (2012). *Guía sindical. Mujeres, trabajos y salud*. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (Istas). Disponible en: <https://www.ccoo.es/34711b36c79dab3ef68ba88c2187d63e000001.pdf> (Accedido en: 26-06-2020)
- CABEZA PEREIRO, Jaime y LOUSADA AROCHENA, J. Fernando (2000). El acoso sexual como riesgo laboral. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, (1).
- CASTAÑO ANA M., RUEDA RUIZ, Begoña, ALCEDO RODRÍGUEZ, Ángeles y GARCÍA-IZQUIERDO, Antonio L. (2017). «La evaluación de los riesgos psicosociales en las organizaciones», en GARCÍA-IZQUIERDO, Antonio L. (coord.) *Ergonomía y Psicología Aplicada a la Prevención de Riesgos Laborales*. Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo.
- CARRASQUER OTO, Pilar (2009). *La doble presencia. El trabajo y el empleo femenino en las sociedades contemporáneas*. Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Sociologia.
- COX, Tom, y Griffiths, Amanda J. (1996). «The assessment of psychosocial hazards at work» en SCHABRACQ, Marc J., WINNUST, Jacques. A. M. y COOPER CARY. L. (Eds.), *Handbook of Work and Health Psychology*. Chichester: Wiley and Sons.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel y OLARTE ENCABO, Sofía (2010). La regulación de los riesgos psicosociales en España: experiencia y prospectiva. *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y bienestar en el trabajo*, 1, 13-47. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/webiapr/larpsico/sites/es.empleo.webiapr.larpsico/files/recursos/revista_cientifica/RevistaLarpsico01.pdf (Accedido: 23-03-2020).
- GARCÍA VIÑA, Jordi (2013). La incidencia del Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo. *Boletín de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (23), 1-16. Disponible en: <https://isssl.org/wp-content/uploads/2013/03/Spain-Laincidencia-Vina.pdf> (Accedido: 18-06-2020)
- GOLLAC, Michel y BODIER, Marceline (2011). *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser* Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du Ministre du travail, de l'emploi et de la santé. Disponible en: https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_SRPST_definitif_rectifie_11_05_10.pdf (Accedido: 18-06-20)
- GRAU PINEDA, Carmen (2017). Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 408, 23-58.
- GREENHALGH, Leonard y ROSENBLATT, Zehava (1984). Job insecurity: Toward conceptual clarity. *Academy of Management review*, 9(3), 438-448.

- GREENHAUS, Jeffrey H. y BEUTELL, Nicholas J. (1985). Sources of conflict between work and family roles. *Academy of management review*, 10(1), 76-88
- IGARTUA MIRÓ, Teresa M. (2008). Prevención de Riesgos Laborales en clave de género en Andalucía. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 3(100), 1313-1352.
- KAHALE CARRILLO, Djamil T. (2017). «El acoso (laboral, sexual y por razón de sexo)» en Sánchez Trigueros, Carmen (dir.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (2020). Planes de igualdad: una realidad jurídica con más desarrollo. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (36), 36-46. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2574> (Accedido: 12-12-2020).
- LÓPEZ NUÑEZ, M. Inmaculada (2020). «Riesgos psicosociales emergentes: el conflicto trabajo-familia» en Correa Carrasco, Manuel y Quintero Lima, M. Gema (coords.) *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (ODS 3,5,8,10)*. Madrid: Universidad Carlos III. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/29725> (Accedido: 12-12-2020).
- LOUSADA AROCHENA, Fernando J. (2008). «Acoso sexual y acoso sexista» en Lousada Arochena, Fernando J. (coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.
- LUQUE PARRA, Manuel y SÁNCHEZ TORRES, Esther (2008). *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Cataluña: UGT. Disponible en: http://portal.ugt.org/saludlaboral/publicaciones_new/files_librocat_comentariopractico/publication.pdf (Accedido: 12-12-2020).
- MARTÍNEZ IÑIGO, David (2001). Evolución del concepto de trabajo emocional: dimensiones, antecedentes y consecuentes. Una revisión teórica. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 17(2), 131-153.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Editorial Bomarzo
- MOLINA NAVARRETE, Cristobal (2011). El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace «justicia disuasoria». *Aranzadi Social*, 83, 1-9.
- MORENO JIMÉNEZ, Bernardo (2011). Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57(Supl. 1), 4-19.
- MORENO JIMÉNEZ, Bernardo y BÁEZ LEÓN, Carmen (2010). Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas. *Universidad Autónoma de Madrid*, 19. Publicado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96076/Factores+y+riesgos+psicosociales%2C+formas%2C+consecuencias%2C+medidas+y+buenas+pr%C3%A1cticas/c4cde3ce-a4b6-45e9-9907-cb4d693c19cf> (Accedido: 25-03-2020)
- PEIRÓ, José M. y SOLER, Ángel (2020). El impulso al teletrabajo durante el COVID-19 y los retos que plantea. *Laboratorio de Análisis y Evaluación de Políticas Públicas*. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas. Disponible en: <https://www.ivie.es/wp-content/uploads/2020/05/11.Covid19IvieExpress.El-impulso-al-teletrabajo-durante-el-COVID-19-y-los-retos-que-plantea.pdf> (Accedido: 10-07-2020)

- PÉREZ DEL RIO, Teresa M. (2007). La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (91), 175-204.
- PONS CARMENA, María (2020). Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(2), 30-60.
- RAMOS, José y GÓMEZ, Alicia (2020). ¿Por qué los retos de la conciliación en tiempos de COVID-19 son todavía mayores para las mujeres? *Laboratorio de Análisis y Evaluación de Políticas Públicas*. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas. Disponible en: https://www.ivie.es/wp-content/uploads/2020/06/16.Covid19_IvieExpress_Porqu%C3%A9-los-retos-de-la-concilacion-en-tiempos.pdf (Accedido: 10-07-2020)
- REBOLLO QUINTELA, Nuria y MUÑOZ CANTERO, Jesús M. (2017). Inseguridad, precariedad e inestabilidad: retrato de la inserción laboral femenina. Insecurity, precariousness and instability: portrait of female employment. *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, 4(2), 122-131.
- RODRÍGUEZ-MUÑOZ, Alfredo (2017). *Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género. Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 16-25.
- RUSSELL HOCHSCHILD, Arlie (1983). *The managed heart: commercialization of human feeling*. California: University of California Press.
- SALAS NICÁS, Sergio (2018). *Inseguridad laboral en España: caracterización, distribución y asociación con salud*. Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona.
- SANZ VERGEL, Ana Isabel (2011). Conciliación y salud laboral: ¿una relación posible?: Actualidad en el estudio del conflicto trabajo-familia y la recuperación del estrés. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57(Supl. 1), 115-126.
- SIERRA BENÍTEZ, Esperanza. M. (2020). Breve referencia a la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia en el RD-ley 28/2020. *Noticias CIELO*, (8), 8. Disponible en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/10/sierra_noticias_cielo_n8_2020.pdf (Accedido: 12-12-2020)
- SORA MIANA, Beatriz, CABALLER HERNÁNDEZ, Amparo y PEIRÓ SILLA, José M. (2014). La inseguridad laboral y sus consecuencias en un contexto de crisis económica. *Papeles del Psicólogo*, 35(1), 15-21.
- TERESO RAMÍREZ, Leonor y COTA ELIZALDE, Beatriz D. (2017) La doble presencia de las mujeres: conexiones entre trabajo no remunerado, construcción de afectos-cuidados y trabajo remunerado. *Margen: Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales* (85), 1-12.
- VALLEJO DACOSTA, Ruth (2006). Acoso sexual y acoso por razón de sexo. Riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, (17), 55-84.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel (2020). «Cómo se está legislando sobre los riesgos psicosociales en el trabajo en La UE» en Correa Carrasco, Manuel y Quintero Lima, M. Gema (coords.) *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales* (ODS 3,5,8,10). Madrid: Universidad Carlos III. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/29725> (Accedido: 12-12-2020).

Documentación

- AGENCIA EUROPEA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (2007). *Expert forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/7807118> (Accedido: 23/03/2020)
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2002). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, de 11 de marzo de 2002, relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el

- trabajo (2002-2006). COM (2002) 118 - no publicada en el Diario Oficial. Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac11147> (Accedido: 17-04-2020).
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2007). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (COM (2007) 62 – final). *Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo, 2007-2012*. Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0062:FIN:ES:PDF> (Accedido: 17-04-2020).
- INE (2016). Horas semanales dedicadas a actividades de cuidados y tareas del hogar. España y UE-28. 2016. Madrid: Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=ctf03002.px (Accedido: 26-03-2020)
- INSTITUTO DE LA MUJER (2006). El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral: resumen de resultados. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en: <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/D91FE499-4898-4EDD-AA09-213-A8AF122EA/153594/MTASESTUDIOACOSOSEXUAL.PDF> (ACCEDIDO: 20/03/2020)
- INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, Ambiente y Salud (2019). Exposiciones psicosociales laborales en España: una mirada de clase y de género. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Disponible en: <https://istas.net/sites/default/files/201904/INFORMEGE%CC%81NEROYCLASE.pdf> (Accedido: 03/04/2020)
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (1999). *Nota técnica de prevención 507: Acoso sexual en el trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/327064/ntp_507.pdf/ea11e310-ef40-4572-bf27-fd4fa908523b (Accedido: 30-03-2020)
- MONCADA, S., LLORENS, C., ANDRÉS, R. (Centro de Referencia en Organización del Trabajo y Salud-ISTAS), MORENO, N. (CCOO de Catalunya) y MOLINERO, E. (Departament d'Empresa i Ocupació, Generalitat de Catalunya) (2014). *Manual del método CoPsoQ-istas21 (versión 2) para la evaluación y la prevención de los riesgos psicosociales en empresas con 25 o más trabajadores y trabajadoras VERSIÓN MEDIA*. Barcelona: Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. Disponible en: [https://copsoq.istas21.net/ficheros/documentos/v2/manual%20Copsoq%20\(24-07-2014\).pdf](https://copsoq.istas21.net/ficheros/documentos/v2/manual%20Copsoq%20(24-07-2014).pdf) (Accedido 25-03-2020)
- OIT (1998). *Enciclopedia de la Seguridad y la salud en el Trabajo. Tomo II, parte V*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/162520/Cap%C3%ADtulo+34.+Factores+psicosociales+y+de+organizaci%C3%B3n> (Accedido: 23-03-2020)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), (1999). *Conferencia Internacional del Trabajo (N. 87). Memoria del Director General: Trabajo decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (Accedido: 18-04-2020)
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2006). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. 45.ª edición, octubre de 2006*. Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (Accedido: 23-03-2020)

TRABAJADORES MADUROS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UN ANÁLISIS DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Older workers and occupational hazard prevention: an analysis from the collective bargaining

MATTHIEU CHABANNES*

Universidad Complutense de Madrid, España

RESUMEN

Todas las previsiones demográficas a corto y medio plazo describen una Europa envejecida con un marcado predominio de los trabajadores de mayor edad en el mercado laboral. Ello constituye para las empresas el nuevo reto de gestionar plantillas con este rasgo, adoptando y desarrollando fórmulas concretas de protección y prevención de riesgos laborales adaptadas a sus condiciones. Además, se trata de conseguir que el desempeño del trabajo no contribuya a un desgaste acelerado de la salud de los trabajadores, con los consiguientes riesgos y costes. Con un entorno de trabajo adecuado, el objetivo es mantener durante más tiempo las habilidades y capacidades de estos trabajadores y hacer posible el objetivo marcado por las políticas europeas y españolas de prolongar de la vida laboral de estos trabajadores. Así, el presente artículo se propone, en primer lugar, establecer el contexto general del envejecimiento de la población y sus consecuencias en el mercado de trabajo y seguido, se traza la relación entre prolongación de la vida laboral y la prevención de riesgos laborales. En segundo lugar, ante la inexistencia en nuestra normativa reguladora de una protección preventiva específica para los trabajadores de más edad, la negociación colectiva constituye un instrumento idóneo para ayudar a la adopción de buenas prácticas organizativas. En este sentido, se procede al análisis de los recientes convenios colectivos estatales y provinciales con el fin de verificar si entre sus cláusulas se tiene en cuenta la variable de la edad de sus trabajadores para adoptar medidas específicas de protección.

Palabras clave: trabajadores maduros, trabajadores especialmente sensibles, prolongación de la vida activa, negociación colectiva, prevención de riesgos laborales.

ABSTRACT

All short and medium term demographic forecasts portray an aging Europe and a workforce saturated with older workers amid increases in the retirement age. This presents challenges for businesses that employ older workers, among them the need to adopt new procedures and policies to prevent workplace injury. Businesses must also work to avoid burnout among employees and acknowledge the risks and toll of workplace hazards. In a healthy and productive work environment, businesses should strive to maintain and retain employee's skills as they age in order to achieve targets set by European and Spanish regulatory institutions. This paper aims to establish a general context of Europe's aging population, its impact on the workforce and how hazard prevention can adapt to increasingly longer careers and older employees. In the absence of standard regulation or a governing body on hazard prevention for an aging workforce, collective bargaining is an important tool to support better organizational practices. This paper presents analysis of statewide and county collective bargaining agreements to evaluate the prevalence of specific language on hazard prevention for older workers.

Keywords: older workers, particularly sensitive workers, extension of the active life, collective bargaining, occupational hazard prevention and control.

* **Correspondencia a:** Matthieu Chabannes. C/ Embajadores, 91, 1 ext. dcha., Madrid (Madrid), España. – matthcha@ucm.es – <https://orcid.org/0000-0002-9295-923X>

Cómo citar: Chabannes, Matthieu. (2020). «Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: un análisis desde la negociación colectiva»; *Lan Harremanak*, 44, 309-357. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22272>).

Recibido: 24 noviembre, 2020; aceptado: 16 diciembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

Desde hace varias décadas, las tendencias demográficas muestran un progresivo envejecimiento de la población. Este fenómeno es consecuencia principalmente de dos factores. En primer lugar, de una mayor esperanza de vida acompañada de buena salud como consecuencia de la mejora de la calidad de vida de la sociedad y de nuestros modelos de salud pública. En segundo lugar, de un descenso de las tasas de natalidad debido a un cambio en nuestros estilos de vida, por razones laborales, por la conciliación entre la vida familiar y laboral, y también por las coyunturas económicas.

Como consecuencia de la evolución demográfica y de la última crisis económica, siguiendo las recomendaciones dictadas por las Instituciones de la Unión Europea, los poderes públicos impulsaron una serie de reformas estructurales con el fin de adaptar sus sistemas de protección social, y sobre todo de asegurar la sostenibilidad financiera de sus sistemas de pensiones mediante la adopción de medidas tendentes en prolongar la vida laboral de los trabajadores.

Como resultado de la evolución demográfica y de las reformas socioeconómicas, también aumenta progresivamente la edad media de los trabajadores en el mercado laboral de tal manera que el número de trabajadores mayores de 55 años incrementará significativamente entre las plantillas de las empresas, incluso de edades superiores a la edad ordinaria de jubilación. Ante esta situación, las empresas van a tener que enfrentarse a la necesidad de asumir importantes retos para adaptarse a una fuerza laboral cambiante. Por ello, se trata de adoptar y desarrollar fórmulas concretas de protección y prevención de riesgos laborales con el propósito de adaptar el trabajo a las capacidades y necesidades de los trabajadores, ahora de más edad. Además, debe procurarse que el desempeño del trabajo no contribuya a un desgaste acelerado de la salud de los trabajadores, con los consiguientes riesgos y costes. Con un entorno de trabajo saludable, el objetivo es mantener durante más tiempo las habilidades y capacidades de estos trabajadores para responder al gran objetivo europeo y español de prolongar la vida laboral de la población trabajadora.

Así, el presente artículo se propone, en primer lugar, establecer el contexto general del envejecimiento de la población y sus consecuencias en el mercado de trabajo y seguido, trazamos la relación entre prolongación de la vida laboral y la prevención de riesgos laborales. Por último, ante la inexistencia en nuestra normativa reguladora de una protección preventiva específica para los trabajadores de más edad, la negociación colectiva constituye un instrumento idóneo para ayudar a la adopción de buenas prácticas organizativas. En este sentido, se procede al análisis de los recientes convenios colectivos estatales y provinciales con el propósito de verificar como la negociación colectiva está abordando la cuestión del envejecimiento de sus trabajadores y si entre sus cláusulas adopta medidas específicas de protección.

2. Envejecimiento de la población, prolongación de la vida laboral y prevención de riesgos laborales

2.1. Evolución del envejecimiento de la población

La Unión Europea (UE) se enfrenta a varios desafíos, entre ellos el demográfico provocado por el envejecimiento de su población. Y como bien se sabe, este fenómeno está influenciado por dos factores clave.

En primer lugar, por una mayor esperanza de vida. Según las últimas proyecciones demográficas realizadas por Eurostat¹, en 2018 la esperanza de vida de los hombres al nacer es de 78,2 años, y de mantenerse las tendencias actuales, ésta alcanzará los 83,7 años en 2070. En el caso de las mujeres, ésta pasaría de 83,7 a 90,3 años. Este fenómeno es particularmente trascendente en el caso concreto de España puesto que nuestro país forma parte de los países donde la esperanza de vida al nacer es de las más longevas del mundo. Así, a nivel nacional, la esperanza de vida media española alcanza ya los 83,5 años y podría superar los 87,1 años en 2070.

Sin embargo, cabe subrayar que el aumento de la esperanza de vida no conlleva automáticamente una prolongación de los años con un buen estado de salud. Los últimos datos indican que, en el conjunto de la UE, la esperanza de vida con buena salud en 2018 es de 64 años. No obstante, hay que tener en cuenta que estas cifras varían considerablemente en función del entorno en el que se vive. Por ejemplo, en Suecia, una persona vive con buena salud más de 72 años mientras que, en Eslovaquia, hasta los 56 años. Y de nuevo España forma parte de los países que encabezan la lista con mayor esperanza de vida con buena salud con 68 años. Este dato resulta significativo a la hora de formular políticas y adoptar medidas que tienden a la prolongación de la vida laboral o a retrasar la edad de jubilación. En efecto, si el aumento de la esperanza de vida viene acompañado de un mayor número de años en buena salud, esto conlleva un aumento de los recursos humanos del que puede aprovecharse la sociedad y particularmente el mercado laboral disponiendo de una mano de obra apta y capaz de permanecer activa durante más tiempo. De lo contrario, si los años adicionales se viven en mala salud, resultaría problemático plantear este tipo de políticas en tanto en cuanto serían incongruentes con la realidad e injustas para los trabajadores que, con las limitaciones que supondría en sus capacidades, se verían obligados a permanecer en el mercado de trabajo en malas condiciones de salud.

En segundo lugar, por una menor tasa de natalidad. En la década de los 60 del siglo pasado y hasta los años 90, la media de nacimientos por mujer dismi-

¹ Véase EuroPOP 2019: Population Projections at national level. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=proj

nuyó de forma constante². Así, en 1975, la media para la UE se situaba en 2,16 hijos por mujer. En 2018 ésta ha llegado a disminuir hasta alcanzar un promedio de 1,56 hijos por mujer. España no es tampoco ajena a este fenómeno puesto que ha pasado de 2,77 hijos por mujer en 1975 a 1,26 en 2018, un resultado por tanto inferior a la media europea.

En consecuencia, el descenso continuado de las tasas de natalidad junto con el aumento de la esperanza de vida provoca un cambio en la estructura de la pirámide de edad de la Unión Europea de manera que la sociedad europea envejece. Para el periodo 2008-2018, la edad media de la población europea ha aumentado casi 3 años pasando de 40,6 a 43,5 años, y según las proyecciones, ésta podría alcanzar los 49 años en 2070³. En el caso español, el fenómeno del envejecimiento se observa particularmente acelerado puesto que, en diez años, la edad media de la población española ha subido más de 4 años, pasando de 39,2 años en 2008 a 43,6 años en 2018. Y cuanto más sube la edad media de la población, mayor es el número de personas perteneciente a los rangos de más edad. En este sentido, mientras que para el conjunto de los países de la UE las personas de 65 y más años representaban el 17,1% de la población en 2008, este colectivo constituye ahora el 19,7%, y se estima que podrían componer el 30% en 2070. En España la evolución es parecida. En 2008 los mayores de 65 años representaban el 16,4% de la población total y el 19,2% en 2018⁴. Además, es probable que el fenómeno se acelere y se vea agravado en los próximos años debido a la llegada de las primeras cohortes de la generación del «baby boom» a la edad de jubilación a partir de 2025.

El envejecimiento de la población tiene repercusiones en múltiples dimensiones de la vida social, económica y particularmente en las relaciones laborales. Paulatinamente se produce una modificación de la mano de obra que compone el mercado laboral en tanto en cuanto la población en edad laboral (20-64 años) disminuye, y según las últimas proyecciones, se espera que lo siga haciendo. Si se mantienen las tendencias demográficas actuales, la población en edad laboral en la UE podría retrotraerse un 18% para el 2070.

Con todo, cabe recordar que el fenómeno del envejecimiento de la población es una tendencia a largo plazo que se inició hace varias décadas. Y desde el primer momento, las instituciones europeas se han ocupado de integrar las con-

² Véase el documento de Eurostat Statistics Explained, «Fertility statistics». Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Fertility_statistics

³ Véase el documento de Eurostat Statistics Explained, «Estructura demográfica y envejecimiento de la población». Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es

⁴ Y según las últimas estimaciones del INE, éstos alcanzarían el 25,2% de la población total en 2033. Fuente: INE, «Notas de prensa: Proyecciones de población 2018», octubre de 2018, recuperado en: https://www.ine.es/prensa/pp_2018_2068.pdf

sideraciones demográficas en sus diversos documentos y comunicaciones a través de los cuales vienen impulsando una serie de recomendaciones para que los Estados miembros tomen medidas para dar solución a un fenómeno que plantea retos políticos, económicos, sociales y culturales. Sin embargo, sumergidos en plena crisis económica, uno de los temas que más ha preocupado a los poderes públicos ha sido la incidencia del envejecimiento de la población sobre los sistemas de protección social y en particular, la presión que ejerce sobre la estabilidad financiera de los sistemas de pensiones.

2.2. Recomendaciones de la Unión Europea en materia de seguridad y salud ante el envejecimiento de la población trabajadora y el reto de la prolongación de la vida laboral

En abril del 2009, la Comisión Europea hace público un comunicado sobre como «abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE»⁵ en el cual remarca la necesidad de introducir reformas estructurales para contrarrestar gastos públicos provocados por el envejecimiento de la población, particularmente de gastos de pensiones y asistencia sanitaria. De esta forma la Comisión insta a los responsables políticos endurecer los requisitos para acceder a una pensión de jubilación (principalmente a través del retraso de la edad de jubilación), y restringir el acceso a las modalidades de jubilaciones anticipadas. Con ello se pretende conseguir que los trabajadores de más edad permanezcan en el mercado laboral con el fin de aumentar la tasa de actividad de los trabajadores mayores⁶. Para ello, la UE incide en la importancia de ofrecer unas condiciones de trabajo adecuadas y más flexibles.

En 2011, el Parlamento Europeo publica un estudio sobre los riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores más vulnerables⁷ entre los cuales incluye a los trabajadores mayores. En un contexto en el que la población activa envejece y existe una mayor dependencia entre trabajadores y jubilados, el Parlamento Europeo asegura que la adopción de medidas específicas de seguridad y salud en el trabajo para los trabajadores de más edad constituye un tema de primer orden. Además, siguiendo las recomendacio-

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las Regiones, «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico)» COM (2009) 180 final.

⁶ Al respecto, como acertadamente subraya MONEREO PÉREZ J.L., «Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º2, febrero 2018, «de nada sirve retrasar la edad legal de jubilación o hacerla más flexible si los trabajadores mayores no tienen empleo decente o de calidad.» pág. 184.

⁷ Directorate General for Internal Policies, Employment and Social Affairs, European Parliament, *Occupational Health and Safety Risks for the Most Vulnerable Workers*, Brussels, Belgium: European Parliament, 2011.

nes y directrices de la Unión Europea, destaca que muchos países empezaron a implantar políticas tendentes a prolongar la vida laboral de los trabajadores (retrasando la edad de jubilación y restringiendo el acceso a los planes de salida anticipada). No obstante, observa que estas políticas de empleo o reformas de los sistemas de pensiones no tuvieron siempre en cuenta el impacto que la prolongación de la vida laboral pudiera tener sobre la salud de los trabajadores de más edad. En este sentido, el Parlamento resalta que los estudios demuestran que muchos trabajadores veteranos se acogen a un plan de retiro anticipado y abandonan prematuramente el mercado laboral a menudo por problemas de salud derivados de un entorno de trabajo con condiciones de seguridad y salud poco adaptadas a sus necesidades. Así mismo, se recuerda que la Estrategia Europa 2020⁸ estableció entre sus objetivos principales el de alcanzar una tasa de empleo del 75% entre la población en edad de trabajar y que, para lograrlo, la creación de un entorno laboral saludable y seguro es un factor clave para conseguir una mayor tasa de empleo para los trabajadores de 55 y más años.

El año siguiente, el Parlamento Europeo inicia y financia un proyecto de tres años titulado «Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad: seguridad y salud en el trabajo en el contexto de una mano de obra que envejece.»⁹ El proyecto dirigido por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo tenía como objetivo principal investigar las formas de mejorar la salud y la seguridad de los trabajadores maduros en el trabajo. Con este fin, se propone revisar los conocimientos sobre seguridad y salud en el trabajo y el envejecimiento; investigar las políticas, estrategias vigentes de la Unión Europea y los Estados miembros que abordan el cambio demográfico y en particular su relación con la salud y seguridad en el trabajo; revisar las políticas, estrategias y programas de la Unión Europea para la rehabilitación y reincorporación de los trabajadores de más edad en el trabajo; y facilitar el intercambio de buenas prácticas.

⁸ A raíz de la crisis económica, la UE adoptó en 2010 un nuevo plan estratégico: la Estrategia Europa 2020 con el fin de promover un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Esta estrategia de crecimiento para la década 2010-2020 remarcaba la «importancia de tener una Unión Europea capaz de conseguir el reto de promover una población activa y sana para conseguir una cohesión social y una mayor productividad». De hecho, uno de los cinco objetivos principales para Europa 2020 es alcanzar una tasa de empleo del 75% en la UE entre la población de 20 a 64 años para el año 2020. Para ello, la Comisión insta a los Estados a seguir desarrollando políticas para lograr una mayor participación de las mujeres y de los trabajadores veteranos en el mercado laboral y una mejor integración de los inmigrantes en la población activa. Dicha estrategia está llegando a su fin y si bien los datos ofrecidos por Eurostat sobre la tasa de empleo eran alentadores, parece razonable pensar que la última crisis económica y la actual crisis sanitaria por la cual está pasando Europa y el mundo en general, podría comprometer el cumplimiento de dicho objetivo para el 2020. La evolución de las tasas de empleo de la UE es la siguiente: 2010: 67,8%; 2011: 67,9%, 2012: 67,6%; 2013: 67,5; 2014: 68,2%, 2015: 69,1%; 2016: 70,1%; 2017: 71,3%; 2018: 72,4%; 2019: 73,1%.

⁹ Diario Oficial de la Unión Europea del 29 de febrero de 2012, págs. II / 230 - II / 231.

Por su parte, en su Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles»¹⁰, la Comisión pide que para favorecer la prolongación de la vida laboral se deben adoptar disposiciones adecuadas en materia de salud, lugar de trabajo y empleo. Esto es, para que el trabajador pueda prestar sus servicios durante más tiempo, es necesario que se den las condiciones laborales adecuadas y que el trabajador cuente con un buen estado de salud. Para ello se incluye la promoción de la salud y la seguridad en el trabajo, el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, la adaptación de los lugares de trabajo a las necesidades de los trabajadores de más edad, así como el desarrollo de oportunidades para introducir condiciones de trabajo más flexibles.

En este mismo sentido, en 2014, la Comisión anuncia la adopción de un nuevo «marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020»¹¹, sucediendo así a la «Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)»¹². Pues bien, nuevamente se recalca que, para conseguir un envejecimiento activo y saludable, es preciso que los trabajadores tengan salud y seguridad, habida cuenta, en particular, del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral. Al efecto, se debe prestar mayor atención a las necesidades de los trabajadores de más edad en el lugar de trabajo y crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa. Y para conseguirlo, resulta imprescindible fomentar una cultura de la prevención en las empresas.

En 2016, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo hace públicos los resultados del proyecto del Parlamento europeo al que nos referimos antes, mediante la publicación del informe «Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad»¹³. En el informe se recoge que, durante la última década, basándose en la legislación y políticas de la Unión Europea, los Estados emprendieron una serie de programas, políticas y reformas transversales y multidisciplinarias para hacer frente a los desafíos que plantea el envejecimiento de la población laboral. En toda Europa se han tomado medidas socioeconómicas introduciendo reformas estructurales de los sistemas de pensiones consistentes fundamentalmente en el retraso progresivo de la edad de jubilación, aumento de los años de cotización requeridos y en el endurecimiento de los requisitos para

¹⁰ Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», COM (2012) 55 final.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, COM (2014) 332 final.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012) COM (2007) 62 final.

¹³ European Agency for Safety and Health at Work, (EU-OSHA), «Safer and healthier work at any age. Final overall analysis report», Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

acceder a una jubilación anticipada. Por otro lado, se adoptaron medidas de empleo para mejorar la tasa de empleo otorgando incentivos económicos y fiscales para alentar las empresas a retener y contratar a trabajadores de 55 y más años.

No obstante, el envejecimiento de la población trabajadora no repercute solamente sobre la estabilidad financiera de los sistemas de protección social, sino también sobre los sistemas de seguridad y salud en el trabajo. La prolongación de la vida laboral ha sido una de las principales prioridades en la agenda política de la mayoría de los Estados miembros y de las políticas socioeconómicas, pero prolongar la vida activa plantea nuevos desafíos para las empresas y tiene sus implicaciones sobre la salud de los trabajadores. La incidencia de enfermedades crónicas aumenta con la edad y dada la probabilidad de que los trabajadores tiendan a trabajar más tiempo, el riesgo de desarrollar ciertas patologías se volverá más frecuente. Una extensión de la vida laboral puede conllevar una exposición más prolongada a los peligros en el lugar de trabajo, lo que constituye un factor adicional de riesgos sobre la salud de los trabajadores que se traduce, por ejemplo, en mayores posibilidades de sufrir un mayor desgaste de sus capacidades psicofísicas o un accidente de trabajo.

Por desgracia, estas medidas socioeconómicas abordaron el desafío del envejecimiento vinculando prosperidad económica y empleo dejando poco espacio a la cuestión de la seguridad y salud de los trabajadores veteranos que no ha ocupado un lugar destacado. Todas estas medidas están destinadas a ayudar a los trabajadores de más edad a permanecer activos en el mercado laboral pero no tienen un enfoque aparente en materia de prevención de riesgos laborales. Existe una falta de evaluación de la efectividad de estas políticas y medidas vinculadas con el cambio demográfico y el envejecimiento de la población activa en relación con la seguridad, la salud y el bienestar general de los trabajadores. No se ha tenido en cuenta el impacto que dichas medidas podrían tener sobre su salud, olvidándose de la necesidad de adaptación de las condiciones laborales de la población que envejece. En tales circunstancias, a nuestro juicio, la seguridad y salud en el trabajo debe convertirse en una prioridad de las políticas económicas y las relaciones laborales.

Por ello, además de estos cambios en los sistemas socioeconómicos, son necesarias otras políticas y medidas para poder alcanzar el objetivo de la prolongación de la vida activa. Se debería apostar por un marco de políticas multidisciplinares e integradoras que reúnan diferentes áreas políticas con el fin de crear entornos de trabajo saludables para todos, manteniendo la capacidad laboral y la empleabilidad de la población activa a lo largo de la vida. Una respuesta a los desafíos que plantea el envejecimiento de la población trabajadora pasa innegablemente por unas adecuadas prácticas de gestión de la seguridad y salud para mejorar la salud de toda la población activa. Se trata de tener en cuenta los cambios relacionados con la edad en las capacidades funcionales de los trabajadores

mediante adaptaciones de la organización y condiciones de trabajo. También mediante una gestión eficiente de las bajas por enfermedad y la promoción de medidas de rehabilitación y políticas para apoyar la reincorporación en el trabajo para evitar la exclusión permanente del mercado de trabajo de aquellas personas que hayan visto mermadas sus capacidades ya sea por invalidez, enfermedad o simplemente por el proceso natural del envejecimiento biológico.

Dentro del marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo (2014-2020) de la Unión Europea, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, lanzó la campaña 2016-2017 «Trabajos saludables en cada edad» cuyo objetivo era la promoción del trabajo sostenible, esto es, unas condiciones de trabajo seguras y saludables desde la primera y hasta la última etapa de la vida laboral de los trabajadores, con el fin de prevenir problemas de salud y hacer posible la prolongación de su vida laboral.

Con el fin de mejorar la protección de los trabajadores de la Unión Europea contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las instituciones europeas han adoptado varios documentos políticos que definen los principales desafíos que deben abordarse y las medidas que deben tomarse para mejorar la salud y la seguridad en el trabajo. Uno de ellos es la Comunicación titulada «Trabajo más seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la Unión Europea de salud y seguridad en el trabajo.»¹⁴ En ella, la Comisión propone un plan de acción para los próximos años con varias líneas de acciones prioritarias entre las que incluye ayudar a las empresas, especialmente a las pequeñas y medianas a cumplir el marco legislativo de salud y seguridad en el trabajo. Con este fin, la Comisión anima a que los Estados miembros cooperen para que las empresas puedan adaptarse a los crecientes riesgos de salud y seguridad en el trabajo. Para ello, se insiste en la importancia que las empresas lleven a cabo una evaluación de riesgos teniendo en cuenta la diversidad de los trabajadores, concretamente su envejecimiento. No obstante, la Comisión lamenta que el retiro precoz de muchos trabajadores mayores de la Unión Europea se deba en muchas ocasiones por problemas de salud y a veces relativos a condiciones de trabajo precarias. Para tratar de dar solución a este problema, la Comisión hace hincapié en la necesidad de que las medidas de gestión del riesgo adoptadas por las empresas tengan en cuenta los riesgos específicos a los que se ven expuestos los trabajadores de más edad. Con este fin y como complemento a esta comunicación, la Comisión elaboró una guía práctica para empresarios¹⁵ en la que se señala que la evaluación del riesgo debe valorar los imperativos la-

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Trabajo más seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo», COM (2017) 12 final.

¹⁵ Comisión europea, «La salud y la seguridad en el trabajo nos conciernen a todos. Guía práctica para empresarios.», Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016.

borales en relación con las capacidades del empleado y con su salud. El documento ofrece también instrumentos prácticos a los empleadores para ayudarles a tener presente los riesgos inherentes a la edad a la hora de realizar la evaluación de riesgos.

En 2017, los agentes sociales europeos con el fin de fomentar y promover las políticas de la UE sobre envejecimiento activo suscribieron un Acuerdo Marco¹⁶ en el que se aprecia un claro enfoque integral de la gestión de la edad a nivel de la Unión Europea. En él, se proporcionan herramientas y medidas destinadas a facilitar la participación de los trabajadores de más edad en el mercado laboral hasta la edad de jubilación. Por otro lado, se busca reforzar la promoción de un enfoque intergeneracional prestando especial atención a los problemas de salud y seguridad en el trabajo.

Más recientemente, en junio de 2020, la Comunicación presentó un nuevo informe sobre las consecuencias del cambio demográfico¹⁷ que constituye el punto de partida del trabajo de la Comisión sobre los desafíos demográficos. En un contexto de crisis sanitaria y de mucha incertidumbre económica debido al Covid-19, la Comisión describe en el informe los factores del cambio demográfico y su impacto en el mercado de trabajo, los sistemas de protección social, los sistemas sanitarios, los presupuestos públicos, así como su particular incidencia a nivel regional. Pues bien, frente a un mercado laboral cada vez más envejecido, la Comisión recomienda a los Estados miembros disminuir la brecha de empleo entre mujeres y hombres; invertir en las cualificaciones de personas con bajo nivel educativo; facilitar el acceso al mercado de trabajo de personas extranjeras de perfiles distintos y a las personas con discapacidad; luchar por un mercado de trabajo más inclusivo combatiendo todas las formas de discriminación y avanzar más en el empleo de trabajadores de más edad. Sobre esta última recomendación, la Comisión resalta que, a pesar de una mejora en la tasa de empleo de los trabajadores de 55 a 64 años, es necesario seguir desarrollando políticas que les permitan trabajar más tiempo, mantenerse en buena salud y actualizar sus capacidades y cualificaciones. La Comisión anuncia que las conclusiones de dicho informe servirán de base y serán complementadas con la publicación de un Libro Verde sobre el envejecimiento a principios de 2021.

Sin embargo, a pesar de que en todas estas estrategias, comunicaciones, informes y proyectos comunitarios se establezca una conexión lógica entre envejecimiento de la población, prolongación de la vida laboral y condiciones de trabajo saludables, ésta no ha tenido su refrendo normativo en España mediante

¹⁶ Acuerdo Marco autónomo sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional, de 8 de marzo de 2017.

¹⁷ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «los efectos del cambio demográfico» COM (2020) 241 final.

la adopción de unas previsiones normativas específicas que garantizaran a los trabajadores una prolongación de la vida activa en unas condiciones de trabajo seguras y saludables (Pastor Martínez, 2017: 68-69). Y es que estamos ante instrumentos y documentos que contienen múltiples pautas, indicaciones, recomendaciones y directrices pero que son parte integrante del *soft law* comunitario y por tanto, no son de obligatorio cumplimiento y carecen de fuerza vinculante toda vez que no estén recogidos en unas disposiciones normativas vigentes. No obstante, frente a una posible evolución de nuestra normativa sensible a los cambios demográficos y a las dinámicas de los mercados laborales, es posible que en los próximos años dichos principios sientan las bases para un futuro desarrollo de las políticas públicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo y se integren a nuestro ordenamiento jurídico.

2.3. Los trabajadores maduros en la normativa de la prevención de riesgos laborales: carencia de una protección específica

La incorporación de España en la Unión Europea el 1 de enero de 1986 introdujo importantes cambios en todos los niveles con el propósito de adaptarse a las exigencias legales requeridas por la Unión Europea, incluido en materia de prevención de riesgos laborales. Un hito fundamental fue la promulgación de la Directiva marco relativa a la aplicación de medidas de mejora de seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo de 1989¹⁸ cuya transposición en nuestro ordenamiento jurídico se realizó en 1995 mediante la publicación de nuestra norma fundamental en la materia: la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹⁹.

A diferencia de lo que ocurre con otros colectivos (las personas con discapacidad, los menores, las trabajadoras embarazadas, o las personas con relaciones de trabajo temporales, etc.) que cuentan con un régimen preventivo de seguridad y salud reforzado en nuestro marco legal preventivo, los trabajadores mayores carecen de una normativa en la que se considere la posible incidencia que pueda tener la edad en materia de prevención de riesgos laborales. Pues bien, en un contexto en el que el mercado de trabajo «se volverá cada vez más gris», y en el que la vida laboral de los trabajadores tiende a prolongarse, compartimos la idea de un sector de la doctrina que sostiene que esta falta de legislación debe corregirse si no queremos correr el peligro de que haya un desajuste entre la normativa y la realidad social (Carrero Domínguez y Moreno Márquez, 2009: 220).

En su artículo 14, la LPRL reconoce a todos los trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud. Por ello, determina la

¹⁸ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

¹⁹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

obligación del empresario de adaptar el trabajo a la persona (art. 15.d) con el fin de «no entorpecer o impedir la evolución favorable ni provocar un empeoramiento de la salud del trabajador», (Matorras Díaz-Caneja y López Álvarez, 2016: 17) y en particular para aquellos trabajadores que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo. En tales circunstancias, el empresario tendrá que incluir en las evaluaciones de los riesgos todos los aspectos relacionados con este grupo de trabajadores y en el caso de una mayor sensibilidad ante los riesgos, adoptar las medidas preventivas y de protección de seguridad y salud necesarias evitando que estos trabajadores sean empleados en aquellos puestos en los que a causa de sus características personales puedan ellos o los demás empleados ponerse en situación de peligro (art. 25).

Ante esta falta de normativa específica, nos podemos plantear si es posible considerar a los trabajadores de más edad como trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. Es decir, ¿la edad es una característica personal determinante de una mayor sensibilidad a los riesgos laborales y que predetermine la activación de mecanismos de protección?

Si bien la edad constituye una característica común a todas las personas, el proceso de envejecimiento es un fenómeno complejo que presenta una amplia variabilidad individual en el que influyen múltiples factores personales, sociales y culturales. Aunque el envejecimiento biológico va acompañado de cambios fisiológicos, el principal determinante de la salud y el rendimiento no es la edad en sí. Como reconoce la Organización Mundial de la Salud, los cambios que se producen durante el envejecimiento no son lineales ni uniformes y solo se asocia vagamente con la edad de una persona (Organización Mundial de la Salud, 2015: 27). Las variables individuales y la historia de vida marcan las diferentes formas de envejecer por lo que no todas las personas envejecen de la misma manera y por ende, no existe una persona mayor típica. En el plano biológico, el envejecimiento empieza al nacer con la herencia genérica y se asocia con la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares. Con el tiempo estos daños reducen las reservas fisiológicas y por lo tanto existe una mayor probabilidad de tener enfermedades y una menor capacidad funcional que en el entorno laboral puede conllevar una pérdida de capacidad para dar respuesta a las exigencias del puesto. Por otro lado, parte de la diversidad se debe a que estos cambios vienen marcados por influencias externas (entorno físico, social, económico) así como las decisiones personales tomadas por las personas durante su vida para mantenerse con buena salud (actividad física, alimentación, etc.).

No obstante, a pesar de un alto componente de variabilidad individual en cómo se viven estos cambios, se observan tendencias generales. El envejecimiento es un proceso multifacético que tiene implicaciones tanto positivas como negativas. Mientras que algunas capacidades físicas (movimiento, fuerza,

visión, audición) pueden disminuir, algunas funciones cognitivas mejoran con la edad y pueden compensar las pérdidas mediante la adaptación del trabajo y traen consigo ganancia de experiencia y conocimiento lo que podría explicar porque la productividad laboral no tiene por qué aminorarse con la edad.

Otro indicador de la repercusión del envejecimiento en la salud y su mayor sensibilidad ante los riesgos se puede comprobar a través del particular impacto que tiene la accidentalidad laboral y la enfermedad profesional sobre el colectivo. Como bien se sabe, los trabajadores de 55 y más años son los trabajadores que tienen mayor incidencia en el caso de los accidentes de trabajo calificados como graves y mortales. Además, la duración media de los días de baja aumenta con la edad del trabajador lo que pone en evidencia su mayor vulnerabilidad ante los riesgos laborales (García Ninet y Barceló Fernández, 2015: 103 y ss.).

La variabilidad individual que encierra el proceso del envejecimiento constituye el argumento principal para considerar que los trabajadores veteranos no tienen por qué incorporarse en nuestra legislación preventiva como un grupo específicamente más sensible que el resto de los trabajadores. Además, se sostiene que la implementación de políticas segmentarias supondría una estigmatización de los trabajadores de más edad con respecto a los demás (Barceló Fernández, 2016: 74). No obstante, a nuestro entender, el componente individual también está presente en los colectivos expresamente recogidos en los artículos 26-28 de la LPRL y ello no impide al legislador configurarlos como grupos especiales de riesgos y protegerlos con independencia del impacto real de la mayor sensibilidad. Quizás se pueda valorar la posibilidad de que el legislador, influenciado por las políticas europeas y de otros países de nuestro entorno, adopte en nuestro marco legal preventivo nuevas previsiones específicas o regímenes especiales adaptados a las necesidades de una fuerza de trabajo que envejece. No se trata de estigmatizar a los trabajadores de más edad sino de ajustarse a un mercado laboral cambiante y estar sincronizado con las demás políticas de empleo y prolongación de la vida activa. Por ende, desde nuestro punto de vista, la normativa preventiva también debería evolucionar para adecuarse a los nuevos contextos demográficos, sociales y a las dinámicas de las relaciones laborales tal como lo hizo nuestro ordenamiento jurídico en materia de derecho del trabajo, de la seguridad social o de empleo. De hecho, el régimen jurídico italiano, al objeto de la evaluación de riesgos laborales, amplió la lista de grupo de trabajadores que han de recibir un tratamiento específico enumerando entre otros colectivos, el género, la edad, así como el país de origen²⁰.

Además, innumerables son los estudios o guías preventivas que demuestran que los trabajadores veteranos son más propensos a tener una mayor sensibili-

²⁰ Art. 28 de Decreto Legislativo 81/2009, 9 aprile dictado en desarrollo del art. 1 de la Legge 123/2007, 3 de agosto, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

dad a los riesgos laborales, por lo que parece razonable pensar en una ampliación de la protección específica. No tiene porque añadirse obligatoriamente un grupo específico para trabajadores mayores o de identificar una edad concreta, pero sí al menos poner de manifiesto que el envejecimiento de los trabajadores y los efectos de que ello se deriva, constituye un elemento determinante de una especial sensibilidad a los riesgos y, por ende, la necesidad de adoptar medidas de protección específicas.

Por todo ello, aunque los trabajadores mayores no constituyen un grupo especial de riesgos expresamente recogido por la LPRL, la edad y particularmente, los efectos que pueden derivarse de ella, sí que constituyen una característica personal que puede determinar una especial sensibilidad y por ello, un elemento a tener en cuenta por parte de los empresarios en la evaluación de riesgos y en la necesaria adopción de medidas especiales de prevención y protección.

En todo caso, recordar que ante la inobservancia por parte del empresario con su obligación de identificar y tener en cuenta en la evaluación de riesgos laborales la posible sensibilidad del trabajador a determinados riesgos, así como de la consiguiente adopción de medidas preventivas oportunas, incurre en una infracción grave o muy grave en materia de prevención de riesgos a laborales (arts. 12.7 y 13.4 del RD-Ley 5/2000, de 4 de agosto, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) y a un posible recargo de prestaciones económicas ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 164, Real Decreto Legislativo 8/2015, Ley General Seguridad Social).

Por todas estas razones, ante la inexistencia de una regulación específica en la LPRL, los convenios colectivos podrían desarrollar y mejorar determinados aspectos específicos que la Ley no regula. Así las cosas, los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva, deberían prestar mayor atención a la gestión de la edad y de la salud y seguridad de los trabajadores veteranos. Para ellos podría acordarse entre las distintas cláusulas medidas especiales adaptadas a las propias características de éstos con el propósito de garantizarles el mismo nivel de protección que el resto de los trabajadores.

3. La negociación colectiva y la prevención de riesgos laborales en trabajadores maduros

3.1. El papel de la negociación colectiva como posible mejora de la protección de los trabajadores maduros en materia de seguridad y salud en el trabajo

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en diversas ocasiones a lo largo de su articulado, hace referencia a los convenios colectivos y a la negociación colectiva. De esta manera, en su exposición de motivos hace alusión al marco legal como: «una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley

que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica». Por otra parte, el artículo 2.2 establece que «Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos». Lo que significa que la LPRL otorga a los convenios colectivos la facultad de poder desarrollar y mejorar en beneficio de la seguridad y salud de los trabajadores. Por otra parte, hemos de señalar también que tanto la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo de 2007-2012 como la de 2015-2020, recogen entre sus objetivos «Fortalecer el papel de interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo».

En este sentido, el convenio colectivo se configura como un instrumento complementario imprescindible para la regulación de la seguridad y salud laboral de las empresas. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque los convenios colectivos, por la temporalidad de su vigencia, permiten adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las necesidades, exigencias y características de los distintos sectores o de las empresas ofreciendo una prevención de los riesgos y de la salud laboral actualizada. Los sujetos negociadores del convenio son los que más y mejor conocen la realidad y las necesidades específicas en materia de prevención de riesgos en su ámbito de negociación (Mercader Uguina y Muñoz Ruíz, 2002: 61-62). En segundo lugar, también por su periodicidad, los convenios tienen la posibilidad de adaptarse rápidamente a la evolución del trabajo y por ende, son la vía idónea para ajustar la prevención de riesgos laborales a los nuevos tipos de trabajo y a los riesgos emergentes. Además, la negociación colectiva vendría a cubrir la escasa regulación de la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales y especialmente de los trabajadores maduros tanto en la normativa comunitaria como en la nacional (García Ninet y Barceló Fernández, 2015: 97).

Por ello, los convenios colectivos constituyen, a nuestro entender, el marco idóneo para que las empresas mejoren y desarrollen sus políticas de recursos humanos en materia de gestión de la edad, particularmente al incluir el envejecimiento como variable en los planes de prevención de la salud y la seguridad de los trabajadores. La actividad laboral prolongada en el tiempo tiene un impacto sobre la salud de los trabajadores pudiendo generar un desgaste y daño acumulativo. Más que el envejecimiento, lo que reduce las capacidades y habilidades de los trabajadores son el mantenimiento de las exposiciones prolongadas a los riesgos derivados de las malas condiciones laborales y de seguridad y salud lo que incrementa las posibilidades de que se produzca una merma de su estado de salud o de que padezca algún accidente o enfermedad profesional.

Asimismo, si se quiere dar una respuesta correcta a las políticas públicas que tienden a mantener y prolongar la vida laboral de los trabajadores, los interlocutores sociales deben encontrar la forma de promover cláusulas que establezcan una adecuada política y gestión de la prevención de riesgos laborales con el propósito de evitar un mayor desgaste prematuro de la salud de sus trabajadores. El mantenimiento y la prolongación de la vida activa es factible si, y solo si, se mejoran las condiciones de trabajo acompañado de una adecuada política y gestión de prevención de riesgos laborales. Ello pasa por el establecimiento de cláusulas que favorezcan la no discriminación por razón de edad, el mantenimiento del empleo, así como la adaptación de las condiciones y puestos de trabajo de los trabajadores que se encuentran en el último tramo de su vida laboral. Como apuntamos anteriormente, las Instituciones de la Unión Europea desde hace años declaran que el éxito de la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y la promoción del envejecimiento activo pasan innegablemente por la consecución de fórmulas concretas y específicas de protección y prevención de riesgos laborales que permitan el mantenimiento de las habilidades y capacidades de estos trabajadores durante más tiempo²¹. Ante este contexto, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales es de vital importancia que las empresas contemplen esta realidad llevando a cabo una gestión preventiva que preste atención al colectivo de trabajadores maduros para rediseñar, si fuera necesario, los puestos de trabajo y las condiciones laborales ajustándolas a las nuevas características psicofísicas de sus trabajadores ahora de más edad con el fin de evitar tanto una disminución de sus capacidades y habilidades como de la productividad, eficiencia para la empresa.

Pues bien, en la realidad convencional, nos encontramos con que la prevención de riesgos y mejora de la salud de los trabajadores maduros como colectivo especialmente sensible ha sido poco desarrollada por la negociación colectiva, cuando lo ha sido. En efecto, a pesar del importante papel que podría desempeñar la negociación colectiva para concretar, desarrollar o incluso aclarar ambigüedades de la LPRL y sus normas de desarrollo, o, para el caso que nos interesa

²¹ En su Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», COM (2012) 55 final, la Comisión pide que para favorecer la prolongación de la vida laboral se deben adoptar disposiciones adecuadas en materia de salud, lugar de trabajo y empleo. Ello incluye la promoción de la salud y la seguridad en el trabajo, el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, la adaptación de los lugares de trabajo a las necesidades de los trabajadores de más edad y el desarrollo de oportunidades para introducir condiciones de trabajo más flexibles. En su Comunicación «relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020», COM (2014) 332 final, la Comisión dicta que para combatir el reto del cambio demográfico y para lograr una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, es necesario que los trabajadores tengan salud y seguridad, habida cuenta, en particular, del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral. Para ello es necesario crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada. El fomento de una cultura de la prevención es esencial para lograrlo.

aquí suplir la ausencia de una normativa específica acerca de los trabajadores mayores, constatamos que algunos convenios colectivos ni siquiera dedican un espacio a la prevención de riesgos laborales²². En esta misma categoría de convenios, son llamativos los que, a pesar de no dedicar una cláusula sobre la materia, si aparece una breve mención en el régimen disciplinario y sancionador²³. Así

²² Entre otros: Convenio colectivo del Grupo de Empresas Fernández (BOP de León, núm. 3, de 4 de enero de 2018); Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Deportiva SL. (BOE núm. 54, de 2 de marzo de 2018); Convenio colectivo de Ediservicios Madrid 2000, SL (BOE núm. 102, de 27 de abril de 2018); Convenio colectivo para la actividad de Marroquinería y Guarnicionería de Salamanca, (BOP de Salamanca, núm. 118, de 20 de junio de 2018); Convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2018); XI Convenio colectivo de Masa Servicios, SA. (BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2018); Convenio colectivo de La Veneciana, SA. (BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2018); Convenio colectivo provincial de Envasado y Preparación de Especies naturales, Condimentos y Herboristería de Burgos (BOP de Burgos, núm. 156, de 20 de agosto de 2018); Convenio colectivo del comercio de pescado fresco y congelado de Barcelona y provincia (BOP de Barcelona, de 21 de agosto de 2018); VI Convenio colectivo intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA y Roca Sanitario, SA. (BOE núm. 232, de 25 de septiembre de 2018); Convenio colectivo del sector de panadería de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona núm. 208, de 30 de octubre de 2018); Convenio colectivo del sector de peluquerías de señoras de la provincia de Burgos (BOP de Burgos, núm. 91, de 15 de mayo de 2019); Convenio colectivo provincial de Pastelería y Confitería de la Provincia de Ávila (BOP de Ávila, núm.130, de 8 de julio de 2019); Convenio colectivo de la empresa Pirotecnia Zaragoza, S.A. (BOP de Zaragoza, núm. 269, de 22 de noviembre de 2019); Convenio colectivo de sector Obradores de Confitería, Pastelería y Masas Fritas de Albacete (BOP de Albacete, núm. 144, de 16 de diciembre de 2019); Convenio colectivo del Sector Operadores Logísticos de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 39, de 17 de febrero de 2020); Convenio colectivo de la empresa Acciona Servicios Urbanos, SLU (BOP de Valencia, núm. 52, 16 de marzo de 2020); Convenio colectivo para las empresas del sector de la madera en la provincia de Segovia (BOP de Segovia, núm. 82, de 8 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Ikom Contrata de Obras, SL (BOP de Barcelona de 14 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Laip, SA (BOP de Vizcaya, núm. 139, de 22 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Manufacturas GES, SA (BOP de Vizcaya, núm.143, de 28 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa ROTA PAN, SL (BOP de Cádiz, núm. 150, de 7 de agosto de 2020); Convenio colectivo de la empresa Rozenfood Restauración, SL (BOP de Barcelona, de 04 de agosto de 2020); Convenio colectivo de la empresa Barcelona Project's, SA (BOP de Barcelona, de 04 de agosto de 2020); Convenio colectivo del sector del comercio del metal de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona, de 14 de septiembre de 2020); Convenio colectivo Suman Social, (BOP de Alicante, núm.185, de 28 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Hermanos Picaño SL, (BOP de Pontevedra, núm. 191, de 2 de octubre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Namagui Algon SL (Hotel Barceló Bilbao) (BOP de Vizcaya, núm. 229, de 27 de noviembre de 2020).

²³ Entre otros: Convenio colectivo para la actividad de Faenas Agrícolas y Ganaderas de Ávila (BOP de Ávila, núm.164, de 24 de agosto de 2018); Convenio colectivo del sector de frutos secos de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 188, de 1 de octubre de 2018); Convenio colectivo del comercio en general de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 236, de 10 de octubre de 2018); Convenio colectivo del sector de trabajadores del campo de Huelva (BOP de Huelva, núm. 215, de 8 de noviembre de 2018); Convenio colectivo de clínicas y consultas de odontología y estomatología (BOP de Ávila, núm. 49, de 12 de marzo de 2019); Convenio colectivo provincial para las industrias de la madera y Corcho (BOP de Jaén, núm. 56, de 22 de marzo de 2019); Convenio colectivo de confitería, pastelería y bollería de la provincia de Salamanca (BOP de Salamanca, núm. 205, de 25 de octubre de 2019); Convenio colectivo provincial del sector de elaboración e instalación de

habitualmente, estos convenios recogen que se considera falta leve la inobservancia o incumplimiento de las normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo o salud laboral siempre y cuando no entrañe daños a terceros ya que en estas circunstancias será considerada grave o muy grave. Generalmente todas estas faltas pueden conllevar en el caso de las faltas leves una amonestación verbal o escrita; una suspensión de empleo y sueldo entre 2 y 90 días e incluso el posible despido en los casos de faltas de mayor gravedad.

Afortunadamente, la gran mayoría menciona la materia de prevención de riesgos laborales, si bien es cierto que, por desgracia, se conforman remitiéndose a la normativa de forma genérica a través de fórmulas de tipo «se estará a lo dispuesto en la legislación vigente» o «se estará en cada momento a lo que dispuesto en la Ley 31/1995 de PRL y sus disposiciones de desarrollo» sin mayor ahondamiento²⁴ o se limitan a transcribir literalmente el contenido de ésta sin

pedra y mármol de la Provincia de A Coruña (BOP de A Coruña, núm. 245, de 26 de diciembre de 2019); Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincial de Teruel (BOP de Teruel, núm. 2, de 3 de enero de 2020); Convenio colectivo para clínicas y consultas de odontología para la provincia de Segovia (BOP de Segovia, núm.17, de 7 de febrero de 2020).

²⁴ Entre otros: Convenio colectivo para la empresa Veridata, SL, (BOP de Granada, núm. 4, de 8 de enero de 2018); Convenio colectivo de comercio de la madera, el mueble y la marquetería de Badajoz (BOP de Badajoz, núm. 17, de 24 de enero de 2018); Convenio colectivo para el sector de Montaje de Provincia de Huelva (BOP de Huelva, núm. 108, de 6 de junio de 2018); Convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal de la provincia de Pontevedra (BOP de Pontevedra, núm. 241, de 17 de diciembre de 2018); Convenio colectivo para las industrias de Transportes por Carretera de la Provincia de Huelva (BOP de Huelva, núm. 19, de 29 de enero de 2019); Convenio colectivo para el Sector de industrias Vinícolas y Alcohólicas de la provincia de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 23, de 4 de febrero de 2019); Convenio colectivo para las industrias del aceite y sus derivados en Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 44, de 22 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Teruel, (BOP de Teruel, núm. 43, de 5 de marzo de 2019); Convenio colectivo de ámbito provincial de Transporte de Viajeros por Carretera de Alicante, (BOP de Alicante, núm. 55, de 20 de marzo de 2019); Convenio colectivo de Comercio textil de Almería (BOP de Almería, núm. 82, de 2 de mayo de 2019); Convenio colectivo de comercio de alimentación de la provincia de León, (BOP de León, núm. 83, de 3 de mayo de 2019); Convenio colectivo de Oficinas y despachos de Albacete (BOP de Albacete, núm. 54 de 13 de mayo de 2019); Convenio colectivo de Cuchillería y Afines de la provincia de Albacete (BOP de Albacete, núm. 99, de 28 de agosto de 2019); Convenio colectivo provincial de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Pontevedra (BOP de Pontevedra, núm.164, de 28 de agosto de 2019); Convenio colectivo provincial para las oficinas de farmacia de la provincia de Barcelona (BOP de Barcelona, de 16 de octubre de 2019); Convenio colectivo para la empresa Vidrala, SA, (BOP de Álava, núm. 52, de 11 de mayo de 2020); Convenio colectivo de Norte Forestal SA (BOE núm. 264, de 6 de octubre de 2020); Convenio colectivo de AFGA NV, sucursal en España, para sus centros de trabajo en Barcelona y Madrid (BOE núm. 264, 6 de octubre de 2020); III Convenio colectivo del personal de la red de ventas de Aguas Danone, SA (BOE núm. 286, de 29 de octubre de 2020); Convenio colectivo de la empresa UTE Eretza (BOP de Vizcaya, núm. 221, de 17 de noviembre de 2020); Convenio Colectivo de la empresa Muelles y Ballestas Hispano-Alemanas, SL (BOP de Castellón, núm. 140, de 21 de noviembre de 2020); Convenio colectivo del Personal de Limpieza del Hospital Universitario «Virgen Macarena» y Policlínico de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 275, de 26 de noviembre de 2020).

concretar en que debe consistir la actividad preventiva en el sector o en la empresa.²⁵ Algunos reconocen el derecho de sus trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud y su compromiso en mejorar los mínimos reconocidos. No obstante, no se perciben medios concretos para lograr este objetivo puesto que esta buena voluntad en muchos casos no se ve respaldada por un mayor desarrollo de medidas concretas, quedando en una mera declaración de intenciones. Por tanto, son escasos los convenios que se preocupan por adaptar y adecuar las normas a las particularidades del sector o de la empresa y mejorar lo establecido en la LPRL.

Partiendo de esta premisa poca alentadora, el propósito de esta parte es resaltar los posibles contenidos de interés sobre el colectivo de trabajadores maduros en materia de prevención de riesgos laborales presentes en los convenios colectivos sectoriales y empresariales a nivel estatal y provincial publicados desde enero de 2018 y hasta noviembre de 2020.

3.2. Cláusulas convencionales sobre la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece obligaciones específicas en materia de seguridad y salud a la empresa respecto de determinados colectivos de trabajadores. En concreto, se trata de trabajadores que son más sensibles a determinados riesgos (art. 25) y también expresamente la protección de la maternidad (art. 26) y de los menores (art. 27) y las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal (art. 28). Una pluralidad de categorías de trabajadores que como vemos pueden recibir una protección especial porque como consecuencia de circunstancias personales o contractuales, pueden verse más afectados por los riesgos laborales que otros. Y por ello, este derecho se incluye en la obligación impuesta a las empresas de rea-

²⁵ Entre otros: Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE núm. 57, de 6 de marzo de 2018); Convenio colectivo Fabricas de Aceite de Oliva, Extractoras de orujo y aderezo y Exportación de Aceitunas de la provincia de Málaga (BOP de Málaga, núm. 104, 31 de mayo de 2018); Convenio colectivo de Novedades Agrícolas, SA (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2019); Convenio colectivo de ámbito nacional de la fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2019); Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de EasyJet Airline Company Limited, Sucursal en España (BOE núm. 110, de 8 de mayo de 2019); Convenio colectivo de Mahou, SA. (BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2019); Convenio colectivo para el sector de actividades forestales (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2019); Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (BOE núm. 251, de 18 de octubre de 2019); VIII Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE núm. 292, de 5 de diciembre de 2019); Convenio colectivo de BR Obra Pública, SL (BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020); Convenio colectivo del Grupo Energético de Puerto Real, SA (BOP de Cádiz, núm. 139 de 23 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Albariza Motor, SL (BOP de Cádiz, núm. 141, de 27 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa IDCQ Hospitales y Sanidad, SL, Clínica Clideba de Badajoz (BOP de Badajoz, núm. 162, de 20 de agosto de 2020); Convenio colectivo de la empresa Alhóndiga la Unión, SA, (BOP de Almería, núm. 187, de 25 de septiembre de 2020).

lizar una serie de acciones específicas que no son exigidas para otros en cuanto por ejemplo a la evaluación de riesgos laborales, adopción de medidas específicas de prevención y protección, vigilancia de la salud, adaptación del puesto de trabajo o formación e información.

Hemos de resaltar que dichos supuestos de la LPRL no constituyen una lista cerrada de colectivos que son merecedores de una protección específica, sino que cabría la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se acuerde la inclusión de otros colectivos no mencionados en la normativa (García-Perrote Escartín, 1997: 35) como podría ser, por ejemplo, los trabajadores de edad avanzada.²⁶ Pues bien, en términos generales puede afirmarse que estos colectivos son los grandes olvidados en la negociación colectiva. Son minoritarios los convenios colectivos que los incorporan entre su clausulado. No obstante, hemos de reconocer que, de todos los colectivos especiales, es destacable la protección de la maternidad y durante la lactancia que viene recogida de forma sistemática en los convenios analizados. Es habitual encontrar convenios que atienden la protección especial de las mujeres durante su situación de embarazo pero que omiten por complejo a los demás colectivos especiales²⁷.

²⁶ *Vid.* BARCELO FERNÁNDEZ, J., «La protección de la salud de los trabajadores de edad avanzada», *RTSS CEF*, núm. 397 (abril 2016), donde afirma que «los datos demuestran que la mayoría de los trabajadores de mayor edad, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a algún riesgo derivado del trabajo.» pág. 61.

²⁷ Entre otros: Convenio colectivo para la empresa Veridata, SL (BOP de Granada, núm. 4, de 8 de enero de 2018); Convenio colectivo Provincial al sector de Pompas Fúnebres y Empresas Funerarias de la Provincia de Zamora (BOP de Zamora, núm. 5, de 12 de enero de 2018); Convenio colectivo para las Industrias Expendedoras y de Fabricación de Pan y sus Trabajadores de Cuenca (BOP de Cuenca, núm. 40, de 6 de abril de 2018); Convenio colectivo de Ayuda a Domicilio de Sevilla y Provincia (BOP de Sevilla, núm. 81, de 10 de abril de 2018); Convenio colectivo provincial del sector de la Sanidad Privada de Zamora (BOP de Zamora, núm. 106, de 17 de septiembre de 2018); Convenio colectivo provincial del sector de Hostelería de Segovia (BOP de Segovia, núm. 76, de 25 de junio de 2018); Convenio colectivo provincial del sector de Mármoles y Piedras de Pontevedra (BOP de Pontevedra, núm. 111, de 12 de junio de 2019); Convenio colectivo del sector de Comercio del Mueble de la provincia de Valencia, (BOP de Valencia, núm. 126 de 3 de julio de 2019); Convenio colectivo del sector artesanal de pastelería, bollería, repostería y platos precocinados para la provincia de Valladolid (BOP de Valladolid, núm. 163, de 27 de agosto de 2019); Convenio colectivo de Cuchillería y Afines de la provincia de Albacete (BOP de Albacete, núm. 99, de 28 de agosto de 2019); Convenio colectivo del sector de comercio de óptica al detalle de la provincia de Barcelona (BOP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2019); Convenio colectivo provincial del sector de Industria de Panaderías de Zamora (BOP de Zamora, núm. 29, de 11 de marzo de 2020); Convenio colectivo del sector de Industrias Transformadoras del Plástico, (BOP de Valencia, núm. 127, de 6 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Integral Management future Renewables, SL (BOP de A Coruña, núm. 110, de 17 de julio de 2020); Convenio colectivo para la empresa Atlas Gestión de Almacenes Dedicados, SL (BOP de Álava, núm. 102, de 9 de septiembre de 2020); Convenio colectivo del sector Detallistas y Autoservicios de Alimentación de Zaragoza (BOP de Zaragoza, núm. 214, de 16 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Froneri Iberia, SL (BOP Valencia, núm. 180, de 17 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Bidelan Gipuzkoako Autobideak, SA (BOP de Guipúzcoa, núm. 222, de 19 de noviembre de 2020).

Se observa que cuando los convenios recogen los colectivos recogidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no amplían el espectro de protección a otros grupos a los que se podría prestar especial atención, bien por sus características personales o bien por sus circunstancias laborales. Con estas premisas no resulta sorprendente que un número tan elevado de convenios colectivos se refieran a la LPRL en su conjunto, pero omiten la referencia a la protección mínima que se garantiza a los trabajadores especialmente sensibles que acoge el artículo 25 LPRL.²⁸

Cuando son objeto de atención por la negociación colectiva, la gran mayoría de los convenios tienden a reproducir de forma literal el artículo 25 LPRL sin concretar las medidas preventivas y de protección necesarias a adoptar²⁹ y no estipulan los trabajadores que presentan unas características personales de tipo físico, mental o sensorial que les hacen especialmente vulnerables a los factores de riesgo laboral o cuyos riesgos propios pueden verse agravados por el desempeño de su trabajo. Algunos ni siquiera recogen la obligación de evaluar los riesgos en función de las características personales de estos trabajadores. Generalmente la protección de este colectivo se limita a incluir el deber empresarial de garantizar una protección específica³⁰, otorgarles una vigilancia de la salud particular³¹ o emplearles en puestos de trabajo que resulten compatibles con su estado o donde no puedan generarse situaciones de peligro³².

²⁸ Entre otros: Convenio colectivo de Diario ADC, SL (BOE núm. 57, de 6 de marzo de 2018); Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018); XI Convenio colectivo de Masa Servicios, SA (BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2018); VIII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE núm. 221, de 14 de septiembre de 2019); V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE núm. 169, de 17 de junio de 2020); Convenio colectivo de Michelín España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Tolosa) (BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020).

²⁹ Entre otros: Convenio colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Valladolid (BOP de Valladolid, núm. 220, de 15 de noviembre de 2018); Convenio colectivo provincial del sector del comercio textil de Barcelona (BOP de Barcelona, de 18 de noviembre de 2019); Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la Provincia de Jaén (BOP de Jaén, núm. 222, de 18 de noviembre de 2020).

³⁰ Entre otros: Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2019); Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021) (BOE núm. 237, de 2 de octubre de 2019).

³¹ Entre otros: Convenio colectivo general de la industria química (BOE núm. 191, de 8 de agosto de 2018); Convenio colectivo del Sector de Industrias Transformadoras del Plástico, (BOP de Valencia, núm. 127, de 6 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Alhóndiga la Unión, SA (BOP de Almería, núm. 187, de 25 de septiembre de 2020).

³² Entre otros: Convenio colectivo del sector de la construcción de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona, núm.178, de 14 de septiembre de 2018); Convenio colectivo para las industrias de fabricación de prefabricados de hormigón y derivados del cemento de la provincia de Barcelona (BOP de Barcelona, de 19 de junio de 2018); Convenio colectivo de Derivados del Cemento de Segovia (BOP de Segovia, núm. 16, de 6 de febrero de 2019); Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2019); Convenio colectivo estatal para las in-

No obstante, es destacable el II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social³³ que es el único convenio encontrado que incluye una lista de supuestos en la que recoge posibles colectivos susceptibles de ser considerados trabajadores sensibles entre los que incluye a los «trabajadores de edad avanzada» y aquellos trabajadores por «su falta de experiencia o por su reciente incorporación». Para estos colectivos, según los tipos de limitaciones que se determinen, el servicio de prevención propondrá medidas de adaptación o restricción del puesto de trabajo mediante informe técnico sobre condiciones individuales del trabajador afectado, equivalente a una evaluación de riesgos adicional. En el caso de que no fuera así, la dirección comunicará al trabajador dicha adaptación, y si esta no es posible, la reubicación del trabajador a un puesto compatible con su estado; y si finalmente tampoco es viable, el tipo de suspensión (temporal o incompetencia sobrevenida) para apartarlo de dichas condiciones.

3.3. Cláusulas convencionales sobre movilidad funcional por una disminución de la capacidad

La mayoría de las veces, cuando un convenio colectivo recoge alguna cláusula sobre trabajadores especialmente sensibles, en ella se reconoce su derecho a recibir una protección específica que se traduce en una medida de movilidad funcional, esto es, el reconocimiento de adaptación o cambio de puesto de trabajo por razones objetivas que está directamente vinculado con la seguridad y salud de los trabajadores en su actividad profesional. En el caso de que la empresa o el servicio de prevención constara bien por la evaluación de riesgos, por el reconocimiento médico, o bien por cualquier otro mecanismo, la existencia de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la empresa deberá, en el caso de que no existiera un puesto equivalente exento de exposición a dichos riesgos, reubicar a dichos trabajadores a un puesto de trabajo o función compatible con su estado de salud. En efecto, cualquier disminución de la capacidad física o psíquica del trabajador, cualquiera que sea la contingencia causante, pueden conllevar una obligación por parte de la empresa de proceder a su cambio de puesto, a su movilidad funcional con el fin de eliminar o al menos reducir los riesgos para estos trabajadores. Se trata por tanto de adaptar el entorno laboral a las características de las personas teniendo en cuenta sus capacidades y aptitudes profesionales.

Mientras en algunos convenios colectivos la adaptación del puesto de trabajo se podrá realizar con independencia de la contingencia causante de la dis-

dustrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE núm. 237, de 2 de octubre de 2019); Convenio colectivo provincial de la Industria Siderometalúrgica (BOP de Almería, núm. 10, de 16 de enero de 2020); Convenio colectivo de las empresas de seguridad (BOE núm. 310, de 26 de noviembre de 2020).

³³ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2019.

minución de la capacidad del trabajador³⁴, resulta llamativo como otros convenios recogen únicamente que se podrá tener derecho a esa movilidad funcional en el caso de aquellos trabajadores que hayan visto disminuir su capacidad por accidente de trabajo o enfermedad profesional³⁵. Es más, determinadas cláusulas

³⁴ Convenio colectivo del Grupo de Empresas Fernández (BOP de León, núm. 3, de 4 de enero de 2018); Convenio colectivo para el sector de Servicios Sanitarios y Sociosanitarios Privados de Palencia y Provincia (BOP de Palencia, núm. 37, de 26 de marzo de 2018); Convenio colectivo del sector del Campo de la provincia de Toledo, (BOP de Toledo, núm.103, de 1 de junio de 2018); Convenio colectivo del Comercio Textil (Mayor y Menor) de la provincia de Badajoz (BOP de Badajoz, núm. 118, de 19 de junio de 2018); Convenio colectivo del sector Comercio de calzado, piel y artículos de viaje de Badajoz (BOP de Badajoz, núm. 151, de 3 de agosto de 2018); Convenio colectivo del Sector de Hostelería de Málaga (BOP de Málaga, núm. 162, de 23 de agosto de 2018); Convenio colectivo del comercio en general de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 236, de 10 de octubre de 2018); Convenio colectivo del Ayuntamiento de Aranguren para el personal laboral (BOP de Navarra, núm. 219 de 13 de noviembre de 2018); Convenio colectivo provincial de mazapán, masas fritas, confitería y chocolate de Toledo (BOP de Toledo, núm. 221, de 19 de noviembre de 2018); Convenio Colectivo de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 39, de 16 de febrero de 2019); I Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Nambroca (BOP de Toledo, núm. 64, de 3 de abril de 2019); Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Guadalajara (BOP de Guadalajara, núm. 75, de 16 de abril de 2019); Convenio colectivo para la industria Almadrabra de Barbate, Tarifa y todos los centros de trabajo de la provincia de Cádiz, (BOP de Cádiz, núm. 105, de 5 de junio de 2019); Convenio colectivo de Ford España, SL (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2019); Convenio colectivo provincial del sector de transporte de mercancías por carretera de la provincia de León, (BOP de León, núm. 154, de 14 de agosto de 2019); Convenio colectivo de sector Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz (BOP de Badajoz, núm. 179, de 17 de septiembre de 2019); Convenio colectivo Transporte de viajeros por carretera y servicios urbanos de transportes de la provincia de Ávila (BOP de Ávila, núm.180, de 17 de septiembre de 2019); Convenio colectivo para el sector de Comercio Ganadería de Palencia y Provincia (BOP de Palencia, núm. 124 de 16 de octubre de 2019); Convenio colectivo de sector Industrias de la madera de la provincia de Badajoz, (BOP de Badajoz núm. 235, de 5 de diciembre de 2019); Convenio colectivo agropecuario de la provincia de Guadalajara (BOP de Guadalajara, núm. 39, de 26 de febrero de 2020); Convenio colectivo de la Empresa Lipasam, SA (BOP de Sevilla, núm. 154, de 4 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa recogida de basuras y limpieza varia Gandía Serveis Urbans, SA (BOP de Valencia, núm.128, de 7 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Metro Bilbao S.A (BOP de Vizcaya, núm. 167, de 1 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de Siemens Mobility, SLU (BOE núm. 299, de 13 de noviembre de 2020).

³⁵ Entre otros: Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeroportuarios de Carga (BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2018); Convenio colectivo de Limpieza Publica Viaria de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa núm. 75, de 19 de abril 2018); VII Convenio colectivo del Sector de Automación de Huelva (BOP de Huelva, núm.101, de 28 de mayo de 2018); Convenio colectivo para el sector de Montaje de Provincia de Huelva (BOP de Huelva, núm.108, de 6 de junio de 2018); Convenio colectivo del sector de las industrias siderometalúrgicas de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 220, de 16 de noviembre de 2018); Convenio colectivo provincial de industria, Servicios, Tecnologías del sector del metal de Alicante (BOP de Alicante, núm. 32, de 14 de febrero de 2019); Convenio colectivo para el sector de industrias de Siderometalúrgica de Lugo (BOP de Lugo, núm. 170, de 26 de julio de 2019); Convenio colectivo provincial del Comercio de metal de Lugo (BOP de Lugo, núm. 202, de 3 de septiembre de 2019); III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019); Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de enva-

las establecen directamente que el personal que hubiera sufrido accidente de trabajo o enfermedad profesional tendrá preferencia para esta readaptación³⁶. En otros convenios se prevén el cambio de puesto en caso de aquellos trabajadores que, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, se les reconozca una incapacidad parcial o total para su profesional habitual declarada por el organismo competente³⁷.

No obstante, son más merecedores de ser destacados los escasos convenios colectivos que acuerdan que la empresa procurará acoplar el trabajador o la trabajadora con capacidad disminuida cuyo origen se deba a un desgaste físico natural como consecuencia de una dilatada vida al servicio de la empresa e, incluso, los que añaden específicamente entre las contingencias causantes una posible disminución de la capacidad debido a la edad³⁸.

ses metálicos. (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2020); Convenio colectivo provincial de la Industria y Comercio de la Alimentación de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa, núm. 15, de 24 de enero de 2020); Convenio colectivo de la empresa Cotonos Aguirrezabal, SA (BOP de Guipúzcoa, núm. 47, de 10 de marzo de 2020); Convenio colectivo para la empresa Atik Automotive, SAU (BOP de Álava, núm. 100, de 4 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de Locales y Campos Deportivos de Vizcaya (BOP de Vizcaya, núm. 225, de 23 de noviembre de 2020).

³⁶ Entre otros: V Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2019); Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2019); III Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (BOE núm. 189, de 10 de julio de 2020).

³⁷ Entre otros: Convenio colectivo del centro municipal de Formación Antigua Fábrica de Borra, (BOP de Segovia, núm.138, de 16 de noviembre de 2018); Convenio colectivo de Almacenistas de Alimentación al por mayor (BOP de Castellón, núm. 13, de 29 de enero de 2019); Convenio colectivo del sector de mayoristas de frutas, verduras, hortalizas, plátanos y patatas de Barcelona (BOP de Barcelona de 16 de septiembre de 2019); Convenio colectivo de la empresa CSPA, SA – Sector II (BOP de Almería, núm. 171, de 3 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa FCC Medio Ambiente, S.A (Servicio de recogida de residuos solidos urbanos del termino municipal de Almería) (BOP de Almería, núm.171, de 3 de septiembre de 2020).

³⁸ Entre otros: Convenio colectivo para el sector de Construcción y obras publicas de Palencia (BOP de Palencia, núm. 15, de 1 de febrero de 2018); Convenio colectivo de Groundforce (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018); Convenio colectivo del sector de la construcción de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 178, de 14 de septiembre de 2018); Convenio colectivo de la construcción y Obras Públicas de la provincia de Cuenca (BOP de Cuenca, núm. 118, de 15 de octubre de 2018), Convenio colectivo para el Sector de Conservas y Salazones de Pescado de Vizcaya (BOP de Vizcaya, núm. 31 de 13 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector de Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera de Segovia (BOP de Segovia, núm. 45, de 15 de abril de 2019); Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Quintanar de la Sierra (BOP de Burgos, núm. 80, de 29 de abril de 2019); Convenio colectivo provincial de comercio e importadores de artículo fotográficos, video y sonido de Barcelona (BOP de Barcelona del 22 de octubre de 2019); Convenio colectivo de Materiales y prefabricados para la Construcción de la provincia de Lugo (BOP de Lugo, núm. 260, de 13 de noviembre de 2019); Convenio colectivo provincial para la actividad de Edificación y obras públicas de Lugo (BOP de Lugo, núm. 261, de 14 de noviembre de 2019); II Convenio colectivo de Software del Sol, S.A, BOP de Jaén, núm. 126, de 3 de julio de 2020. III Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (BOE núm. 189, de 10 de julio de 2020); III Conve-

En cuanto a la retribución algunos establecen que cuando un trabajador fuera considerado especialmente sensible y deba destinarse a otro puesto compatible con su estado de salud, conservará el mismo salario³⁹ y, en su caso, el grupo profesional de origen mientras que otros especifican que la retribución será acorde a su nuevo puesto y categoría profesional⁴⁰.

Podemos destacar el convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos en el que se especifica que la variación salarial depende de la contingencia causante⁴¹. En este sentido se precisa que si la disminución de la capacidad es por un desgaste físico natural este personal sin opción alguna percibirá el salario y la prima correspondiente al nuevo puesto de trabajo. En cambio, en los casos de movilidad por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, el trabajador puede optar por el salario y la prima correspondiente al nuevo puesto de trabajo o por el salario del anterior puesto cuya prima sería el promedio de la obtenida en el año anterior al cambio de puesto de trabajo, revisándose anualmente el incremento en el mismo porcentaje que el fijado para su antiguo salario.

Por último, como un ejemplo regulador de esta circunstancia más, el convenio del Grupo Nortegás⁴² se recoge como contingencia causante cualquier merma funcional o psíquica originada por enfermedad profesional o común, accidente sea o no laboral, o desgaste físico natural por razón de edad. Además, una vez declarada la capacidad disminuida del trabajador por el Servicio

nio colectivo del personal de la red de ventas de Aguas Danone, SA (BOE núm. 286, de 29 de octubre de 2020).

³⁹ Entre otros: Convenio colectivo para las industrias de fabricación de prefabricados de hormigón y derivados del cemento de la provincia de Barcelona, (BOP de Barcelona, del 19 de junio de 2018); Convenio colectivo del sector de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 235, de 9 de octubre de 2018); Convenio colectivo del sector de las industrias siderometalúrgicas de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 220, de 16 de noviembre de 2018); Convenio colectivo de Derivados del Cemento de Segovia (BOP de Segovia, núm.16, de 6 de febrero de 2019); Convenio colectivo provincial de industria, Servicios, Tecnologías del sector del metal de Alicante (BOP de Alicante, núm. 32, de 14 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector de Derivados del Cemento de Málaga y Provincia (BOP de Málaga, núm. 146, de 31 de julio de 2019); III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (BOE, núm. 304, de 19 de diciembre de 2019); Convenio colectivo provincial de la Industria Siderometalúrgica (BOP de Almería, núm. 10, de 16 de enero de 2020); VI Convenio colectivo general de ferralla (BOE núm. 135, de 14 de mayo de 2020); VIII Convenio colectivo estatal del corcho (BOE núm. 135, de 14 de mayo de 2020); Convenio colectivo del Grupo Nortegás (BOE núm. 189, de 10 de julio de 2020).

⁴⁰ Convenio colectivo del sector de la construcción de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 178, de 14 de septiembre de 2018); V Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2019); Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2019).

⁴¹ BOE núm. 228, de 21 de septiembre de 2017.

⁴² Convenio colectivo del Grupo Nortegás (BOE núm. 189, de 10 de julio de 2020).

de Vigilancia de la Salud, el convenio específico que, éste deberá asistir obligatoriamente a cursos intensivos de formación, perfeccionamiento o reconversión cuando la empresa lo considere necesario.

3.4. Cláusulas convencionales sobre vigilancia de la salud y reconocimientos médicos específicos

La vigilancia de la salud regulada en el artículo 22 LPRL, constituye la materia preventiva estrella de nuestro estudio. Y ello porque se trata de uno de los contenidos más recurrentes dentro de las cláusulas preventivas. En efecto, la casi totalidad de los convenios analizados que dedican un espacio a la prevención de riesgos laborales recoge algún contenido relacionado con la vigilancia de la salud siendo incluso, a veces, el único aspecto desarrollado de la materia en el convenio colectivo⁴³.

Se trata de una materia esencial respecto de los trabajadores especialmente sensibles y como no, para los trabajadores maduros. Y ello porque, como co-

⁴³ Convenio colectivo de construcción y obras públicas de la provincia de Guadalajara, (BOP de Guadalajara, núm. 11, de 16 de enero de 2018); Convenio colectivo de la empresa UTE Berango y los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza viaria, mantenimiento de jardines, poda de arbolado y servicios temporales del municipio de Berango (BOP de Vizcaya, núm.141, de 23 de julio de 2018); Convenio colectivo del sector de Limpieza de Edificios y locales de la provincial de las Palmas (BOP de Las Palmas, núm. 120, de 5 de octubre de 2018); Convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Burgos (BOP de Burgos, núm. 204, de 26 de octubre de 2018); Convenio colectivo de empresas consignatarias de buques, empresas estibadoras, empresas transitorias y agentes de aduana de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 216, de 12 de noviembre de 2018); Convenio colectivo de Aparcamiento y Ordenanza de Tráfico de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa, núm. 239, de 13 de diciembre de 2018); Convenio colectivo de industrias de la Panadería de la provincia de Hueca (BOP de Hueca, núm.12, de 18 de enero de 2019); Convenio colectivo del sector Oficinas de farmacia de Vizcaya (BOP de Vizcaya núm. 95, de 21 de mayo de 2019); Convenio colectivo provincial del sector de Mármoles y Piedras de Pontevedra (BOP de Pontevedra, núm. 111, de 12 de junio de 2019); Convenio colectivo provincial del sector de almacenistas de la madera de Barcelona (BOP de Barcelona de 14 de octubre de 2019); Convenio colectivo provincial del sector de Industrias de Tintorerías y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa para la provincia de Zamora (BOP de Zamora, núm. 126, de 25 de octubre de 2019); Convenio colectivo provincial de Comercio de curtidos y artículos para el calzado (BOP de Alicante, núm.229, de 02 de diciembre de 2019); Convenio colectivo de la empresa Pepsico Foods AIE (BOP de Cádiz, núm. 4, de 8 de enero de 2020); Convenio colectivo provincial del sector Transportes Interurbanos de Viajeros en Autobuses (BOP de Sevilla, núm. 31, de 7 de febrero de 2020); Convenio colectivo provincial para las actividades de fabricación y venta de confitería, pastelería, bollería y repostería (BOP de Zamora, núm. 82, de 15 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Integral Management future Renewables, SL (BOP de A Coruña, núm. 110, de 17 de julio de 2020); Convenio Colectivo de la empresa Fihí Forging Industry, SL (BOP de Guipúzcoa, núm. 148, de 6 de agosto de 2020); Convenio colectivo de la empresa Savera Services of Elevation, SA (BOP de Guipúzcoa, núm. 148, de 6 de agosto de 2020); III Convenio colectivo para la empresa cítricos del Andevalo, SA (BOP de Huelva, núm. 137, de 21 de agosto de 2020); Convenio colectivo de Locales y Campos Deportivos de Vizcaya (BOP de Vizcaya, núm. 225, de 23 de noviembre de 2020).

mentamos anteriormente, si bien el envejecimiento no afecta a todas las personas por igual, no es menos cierto que este colectivo es más proclive a padecer determinadas patologías que serán distintas en función del sector, actividad o función que desempeña el trabajador. No obstante, por regla general, los problemas más comunes entre la población trabajadora de más edad son los problemas cardiovasculares, los dolores musculoesqueléticos, la disminución de la capacidad visual y auditiva.

En este sentido, la vigilancia de la salud cobra una especial relevancia por varias razones. En primer lugar, porque al igual que la evaluación específica de riesgos laborales, permite la detección de los trabajadores especialmente sensibles (por ejemplo, como consecuencia de la edad). En segundo lugar, porque una vez identificados, permite a la empresa hacer un seguimiento médico con el fin de asegurarse de que el estado de salud de los trabajadores no se ve agravado como consecuencia del desempeño de su trabajo. En tercer lugar, porque es el instrumento idóneo para cumplir el objetivo de detectar de forma precoz los problemas de salud y poder adoptar, si fuera necesario, medidas para anticipar y evitar mayores daños a la salud.

No obstante, se debe precisar que, para un correcto cumplimiento de los objetivos perseguidos por la vigilancia de la salud, es fundamental que los reconocimientos médicos que se realizan no sean solamente generales, sino que éstos deben complementarse con pruebas específicas según el sector de actividad o el puesto de trabajo desempeñado y acordes a las evaluaciones de riesgos. No son suficientes los reconocimientos médicos que miden exactamente lo mismo para todos los trabajadores, sino que teniendo en cuenta los riesgos inherentes a cada puesto de trabajo se debe realizar los controles específicos recomendados por las autoridades sanitarias para detectar los posibles daños causados por estos riesgos sobre la salud de los trabajadores.

Pues bien, la realidad convencional demuestra que son frecuentes las cláusulas que reconocen a sus trabajadores su derecho a una vigilancia periódica de su salud. De hecho, según la Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas, casi la totalidad de los centros de trabajo organiza regularmente exámenes de vigilancia de la salud (92,6%), dato significativamente alto comparado con el promedio de la Europa de los 28 (64,7%)⁴⁴.

Además, de los convenios que contemplan los reconocimientos generales previos al comienzo de la prestación de servicios o las revisiones médicas anuales, en algunos casos se recoge que los trabajadores que hayan alcanzado una determinada edad podrán someterse voluntariamente a la realización de pruebas encaminadas a detectar de forma precoz los posibles problemas de salud

⁴⁴ Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas. ESENER-2, 2015, pág. 71.

más susceptibles de aparecer con esa edad. Por ello, a partir de los 45-50 años, tienen derecho a pruebas sobre las siguientes especialidades: aparato musculoesquelético, oftalmología, PSA (detección precoz del cáncer de próstata), mamografía, ginecología, cardiología⁴⁵. Sin embargo, en realidad estos controles no son una respuesta al riesgo laboral, sino que son reconocimientos médicos generales y ordinarios para la población de ese rango de edad que la empresa facilita con el propósito de mejorar el alcance de su deber general de prevención (Tudela Cambroner y Valdeolivas García, 2009: 296-297). Algún convenio, por la particularidad de su sector, incluye una prueba de capacidad física para los trabajadores mayores de 55 años que desempeñen determinadas funciones⁴⁶.

El convenio colectivo de Finanzauto⁴⁷ es significativo en cuanto recoge que si en el reconocimiento médico se pusiera de manifiesto una pérdida de visión achacable al uso de pantalla, la empresa destina una ayuda económica a la compra de gafas para todos aquellos trabajadores calificados como «usuarios de pantallas de datos», cada dos años para trabajadores mayores de 40 años y 4 años para los de menos edad.

3.5. Cláusulas convencionales para la adaptación del puesto de trabajo y de las condiciones de trabajo de sus trabajadores mayores

Dado que los sistemas de pensiones de los países de la Unión Europea se enfrentan a importantes retos derivados, entre otras cosas, de la evolución demográfica, se lleva muchos años fomentando la idea de poner en práctica políticas que favorezcan el mantenimiento y la prolongación de la vida activa de los trabajadores. Para ello, en nuestro país son múltiples las medidas que han sido adoptadas para cumplir con el objetivo. Fundamentalmente consistieron en retrasar la edad legal de jubilación, dificultar el acceso a las

⁴⁵ Entre otros: Convenio colectivo de Caja Laboral Bancaseguros, SLU (BOE núm. 8, de 8 de enero de 2018); Convenio colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2018); Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de ferrocarriles, SA (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2019); Convenio Compañía Logística Acotral, SAU y Acotral Distribuciones Canarias, SAU (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2019); Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2019); Convenio colectivo de Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU y Tabacalera, SLU (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2019); Convenio colectivo del sector de Empresas Transitorias de Valencia (BOP de Valencia, núm. 194, de 8 de octubre de 2019); Convenio colectivo de la empresa Pepsico Foods AIE (BOP de Cádiz, núm. 4, de 8 de enero de 2020); Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2020); Convenio colectivo de la empresa Gamesa Energy Transmission, SA (Get. Gipuzkoa) (BOP de Guipúzcoa, núm. 140, de 24 de julio de 2020); IV Convenio colectivo de Movistar+ (BOE núm. 208, de 1 de agosto de 2020); Convenio colectivo de Siemens Mobility, SLU (BOE núm. 299, de 13 de noviembre de 2020).

⁴⁶ II Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Auto-pistas España (UNAE) (BOE núm. 200, de 18 de agosto de 2018).

⁴⁷ BOE núm. 236, de 1 de octubre de 2019.

jubilaciones anticipadas y, por el contrario, facilitar la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación con rentas del trabajo propias o ajenas (jubilación parcial postergada, jubilación flexible, jubilación activa) con la aplicación, en algunos casos, de incentivos económicos. De hecho, es probable que, en los próximos años, se siga fomentando estas medidas para que la prolongación de la vida laboral cobre cada vez mayor peso en las relaciones laborales⁴⁸.

Sin embargo, para que los trabajadores se planteen la posibilidad de continuar, es necesario ante todo que lleguen a la edad de jubilación en buena salud. En este sentido, las políticas empresariales de prevención de riesgos laborales son decisivas para garantizar una buena calidad de vida laboral prolongada. Las empresas deben adoptar prácticas laborales justas y saludables promoviendo la seguridad y la salud de sus trabajadores con independencia de la edad y durante toda su trayectoria laboral. Para ello indudablemente las empresas deben asegurarse de ofrecer condiciones atractivas y puestos de trabajo que se ajustan a las necesidades y capacidades propias del proceso de envejecimiento evitando así un desgaste acelerado de salud de sus trabajadores. Y es que la prolongación de la vida laboral no es factible si las personas no alcanzan la vejez sanas y aptas para mantenerse en activo.

En este sentido, parece que algunas empresas son conscientes de la realidad demográfica y sociolaboral a la que se enfrenta la sociedad de manera que, en sus convenios colectivos, hacen referencia a la edad para prever la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo de sus trabajadores veteranos con el propósito de mejorar la calidad de su vida laboral. No obstante, hemos de subrayar que son tan pocos los convenios colectivos que recogen medidas específicas de adaptación por razón de edad que, cualquier tipo de adaptación, por mínima que sea, es merecedora de ser destacada.

⁴⁸ Al respecto como apunta Enrique Martín-Serrano Jiménez «*en el caso de la jubilación parcial, la práctica totalidad de sus beneficiarios la utilizan en la modalidad de jubilación anticipada, que ha llegado a suponer hasta el 14% del total de nuevas altas. En 2018 supusieron en torno a 35.000, casi el 11% de las nuevas altas, mientras que la jubilación parcial demorada se limitó a 117 casos (el 0,05% del total de nuevas altas). Parece claro así que en nuestro caso esta figura se utiliza básicamente como herramienta que permite la salida progresiva del mercado de trabajo, pero no para la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. En lo que respecta a la jubilación activa, el número de este tipo de pensiones, si bien creciente en tiempo, es todavía bajo y apenas se registran 50.000 a mediados de 2018, limitándose además su utilización casi exclusivamente a los trabajadores por cuenta propia que, desde su creación en 2013, concentran más del 80% de este tipo de pensiones*», «El verdadero objetivo de la compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo: ¿envejecimiento activo, suficiente, sostenibilidad o cambio de paradigma? Evolución del modelo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2019)» en *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Ediciones Laborum, Tomo II, pág. 547.

Una de las adaptaciones más comunes de las condiciones de trabajo de los trabajadores mayores consiste en la reducción del tiempo de trabajo o en el cambio de turno. Así, el convenio colectivo de Adidas España, SAU⁴⁹, contempla expresamente la posibilidad de que sus trabajadores mayores de 55 años puedan solicitar voluntariamente una reducción de jornada en las condiciones acordadas con el departamento de Recursos Humanos.

Los pilotos mayores de 55 años con contrato indefinido y una antigüedad mínima de 5 años en la Compañía aérea Vueling Airlines podrán solicitar cada año una reducción de jornada para todo el año completo, pudiendo elegir entre distintos porcentajes reductores (11, 22 o 50%)⁵⁰.

El III convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores⁵¹, otorga el derecho a sus trabajadores de 55 años o más edad a poder reducir su actividad laboral principal a la mitad de la jornada, pudiendo el resto de la jornada dedicarse a otras actividades afines a su puesto de trabajo o titulación.

Para su personal laboral, el convenio colectivo del Ayuntamiento de Aranguren⁵² establece la posibilidad para los empleados de 55 o más años de reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de la mitad de su duración.

En el convenio colectivo de la Fundación de la Universidad de Almería⁵³, las partes acuerdan estudiar la posibilidad de reducir la jornada de los trabajadores de 60 años, así como incorporar un complemento por productividad.

Por su parte los interlocutores sociales del convenio colectivo del Grupo Energético de Puerto Real⁵⁴ acuerdan que el personal de 62 años podrá reducir su jornada laboral en un 25% a cambio de renunciar a las revisiones retributivas hasta su edad de jubilación, o incluso mayor mediante reducción de un 2% de jornada por cada 1% de reducción retributiva.

En otros convenios, se incluye una cláusula específica para los trabajadores de una determinada edad, en la que se estipula que, con el fin de mejorar la calidad de vida laboral de estos trabajadores, la empresa les da prioridad para incor-

⁴⁹ BOE núm. 76, de 29 de mayo de 2019.

⁵⁰ III Convenio Colectivo de Vueling Airlines, SA, y sus tripulantes pilotos (BOE núm. 299, de 13 de noviembre de 2020).

⁵¹ BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2018.

⁵² BOP de Navarra, núm. 219, de 13 de noviembre de 2018.

⁵³ BOP de Almería, núm.172, de 4 de septiembre de 2020.

⁵⁴ Convenio colectivo del Grupo Energético de Puerto Real, SA (BOP de Cádiz, núm. 139, de 23 de julio de 2020).

porarse a las vacantes que se produzcan en puestos de trabajo que no precisen de la realización de trabajos nocturnos⁵⁵.

En este sentido, el XIV convenio colectivo de Schweppes, SA.⁵⁶, éste establece que para los trabajadores mayores de 59 años del área industrial de fábricas podrán quedar excluidos de realizar el turno de noche siempre y cuando exista otro trabajador compatible por perfil y línea de producción y que voluntariamente decida sustituirle en el turno de noche.

Otra de las medidas importantes que promueven el envejecimiento activo son las adaptaciones de tareas. En ocasiones la convención colectiva establece límites de carácter preventivo para determinados puestos y funciones sobre todo físicas. En este sentido, como medida preventiva de salud laboral y de prevención de riesgos laborales, algunos convenios colectivos recomiendan que los trabajadores mayores de 60 años eviten la realización de tareas de carga y descarga cuando no cuenten con el apoyo de una maquinaria mecanizada⁵⁷. En otras cláusulas encontramos que los interlocutores sociales acuerdan⁵⁸ que los trabajadores de 60 años se limitarán a realizar labores de complemento y apoyo para las operaciones de manipulación manual de cargas y descargas.

En relación con los convenios colectivos de Médicos del Mundo, S.L.⁵⁹ y de la empresa Tenneco Innovación, S.L.⁶⁰, se reconoce que a las personas empleadas mayores de 60 años se propondrá la posibilidad de cambiar de puesto a otros que les pudiera ser más adecuados.

Por último, dentro del apartado de adaptación de las condiciones de trabajo, nos parece oportuno mencionar aquellas cláusulas convencionales que otorgan un mayor tiempo de descanso para los trabajadores mayores. En efecto, además de los días de vacaciones que corresponden por ley a los trabajadores, en

⁵⁵ Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros, y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020); Convenio colectivo de Catelsa Cáceres, SA (DOE núm. 132, de 9 de julio de 2020).

⁵⁶ BOE núm. 202, de 21 de agosto de 2018.

⁵⁷ Entre otros: el Convenio colectivo de ámbito nacional de la fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2019).

⁵⁸ Entre otros: Convenio colectivo del sector de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 235, de 9 de octubre de 2018); Convenio colectivo del sector de las industrias siderometalúrgicas de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 220, de 16 de noviembre de 2018); Convenio colectivo provincial de industria, Servicios, Tecnologías del sector del metal de Alicante (BOP de Alicante, núm. 32, de 14 de febrero de 2019); III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019); Convenio colectivo provincial de la Industria Siderometalúrgica (BOP de Almería, núm. 10, de 16 de enero de 2020).

⁵⁹ BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2019.

⁶⁰ Convenio colectivo de la empresa Tenneco Innovación, S.L. (BOP de Vizcaya, núm. 198, de 15 de octubre de 2020).

determinadas ocasiones los convenios acuerdan incrementar los días laborales de vacaciones a sus trabajadores una vez alcanzados una determinada edad y hasta que se jubilen⁶¹. En algunos es necesario, además, acreditar una determinada antigüedad en la empresa para poder disfrutar de los días laborales de vacaciones adicionales⁶².

3.6. Cláusulas convencionales que premian la antigüedad

Aunque se podría pensar que no tiene impacto sobre la materia de prevención de riesgos laborales, consideramos que son destacables las cláusulas convencionales que vienen a recompensar la fidelidad de los trabajadores mayores en base a su permanencia y antigüedad en la empresa. Es una buena iniciativa por parte de la empresa para reconocer el trabajo realizado por sus empleados más veteranos. La recepción de estos premios conduce a estos trabajadores a sentir mayor satisfacción porque ven su trabajo reconocido y valorado. Sin lugar a duda es un componente que incide en una mayor motivación, productividad y rendimiento. Además, contribuye a la capacidad de las empresas de fomentar la vinculación de los trabajadores más experimentados con la empresa. Y estamos convencidos de que un buen clima de trabajo acompañado de una buena política en materia de prevención de riesgos laborales, contribuye a una reducción de la siniestralidad de la empresa. Esta clase de estímulo ayuda a eliminar los riesgos psicosociales que afectan a la salud y seguridad de los trabajadores.

Así, viene siendo habitual que la negociación colectiva otorgue premios de permanencia a sus trabajadores de más edad siempre y cuando acrediten una determinada edad (generalmente 55, 60, 63 años) y una antigüedad mínima de 10, 15, o 20 años. En otros casos no se precisa una edad mínima pero la concesión del premio está supeditada a la acreditación mínima de 25, 30, 35 o incluso 40 años de antigüedad con la empresa, por lo que, cabe pensar que los únicos posibles beneficiarios de estos premios son los trabajadores que se encuentran en el último tramo de su vida laboral.

Generalmente esta gratificación consiste en el abono de una cantidad económica a tanto alzado cuya cuantía viene definida en el convenio según los años

⁶¹ Entre otros: Convenio colectivo de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA (BOE núm. 20, de 23 de enero de 2019); Convenio colectivo de Mapfre Grupo Asegurador (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2019); Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros, y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Froneri Iberia, SL, BOP Valencia, núm. 180, de 17 de septiembre de 2020.

⁶² Entre otros: Convenio colectivo de Bridgestone Hispania, SA, Fábricas (BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2018); III Convenio colectivo de Puertos del Estado y Autoridades portuarias (BOE núm. 143, de 19 de junio de 2019); I Convenio colectivo de Quirón Prevención, SLU (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2019); I Convenio colectivo de Quirón Prevención, SLU (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2019); Convenio colectivo para el sector del comercio en general de la provincia de Segovia (BOP de Segovia, núm. 21, de 17 de febrero de 2020).

de antigüedad⁶³ o de un determinado número de mensualidades salariales⁶⁴. En otros casos, el premio supone un aumento salarial gracias al establecimiento de un plus salarial consistente en una cantidad definida⁶⁵ o en un determinado porcentaje del salario base⁶⁶. Por su parte, el convenio colectivo de la empresa Namagui Algón (Hotel Barceló Bilbao) establece que, al cumplir los 30 años de antigüedad, los trabajadores percibirán anualmente una gratificación extraordinaria adicional equivalente al salario garantizado más el plus *ad personam*⁶⁷.

⁶³ XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal (BOE núm. 16, de 18 de enero de 2018); Convenio colectivo del sector de Empresas dedicadas a la Manipulación, Envasado, Comercialización al por Mayor de Agrios, demás frutas, hortalizas y sus derivados Industriales de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 114, de 19 de mayo de 2018); Convenio colectivo de Praxair España, SLU (BOE núm. 184, de 31 de julio de 2018); Convenio colectivo de Alianza, compañía de Seguros y Reaseguros, SA (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2019); Convenio colectivo de industrias Vinícolas, Alcoholeras, Sidreras, Cerveceras y para el Comercio de Hueca (BOP de Hueca, núm. 85, de 8 de mayo de 2019); Convenio colectivo provincial de Alicante de captación, elevación, conducción, tratamiento, desalinización, depuración y distribución agua (BOP de Alicante, núm. 30, de 13 de febrero de 2020); Convenio colectivo de la empresa Unilever España, SA. (Centre de treball del carrer Tecnologia 19, de Viladecans (BOP de Barcelona, de 14 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa Metallo Spain, SLU (BOP de Vizcaya, núm. 136, 17 de julio de 2020);

Convenio colectivo para la empresa Gimeno Digital Technologies, SL (BOP de Castellón, núm. 105, de 1 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Froneri Iberia, SL (BOP Valencia, núm. 180, de 17 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Aigües de Manresa (BOP de Barcelona, de 23 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de industria de la alimentación de Granada (BOP de Granada, núm. 172, de 15 de octubre de 2020); Convenio colectivo de la empresa cervezas MAHOU, SLU (BOP de Guadalajara, núm. 195, de 15 de octubre de 2020).

⁶⁴ Entre otros: Convenio colectivo para la actividad de Oficinas y Despachos de Salamanca (BOP de Salamanca, núm. 69, de 10 de abril de 2018); Convenio Provincial de hostelería de Cáceres (BOP de Cáceres núm. 127, de 2 de julio de 2018); Convenio colectivo de Aparcamiento y Ordenanza de Tráfico de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa, núm. 239, de 13 de diciembre de 2018); Convenio colectivo de Supermercados, Autoservicios y Detallistas de Alimentación en general de Alicante (BOP de Alicante núm. 24, de 4 de febrero de 2019); I Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Nambroca (BOP de Toledo, núm. 64 de 3 de abril de 2019); Convenio colectivo de la empresa Nicolás Correo, SA (BOP de Burgos, núm. 210, de 18 de noviembre de 2020).

Convenio colectivo provincial para la actividad de Oficinas y Despachos de Ávila (BOP de Ávila, núm. 130, de 8 de julio de 2019); Convenio colectivo del sector de Cooperativas del Campo de Tarragona (BOP de Tarragona, de 17 de septiembre de 2019).

⁶⁵ Convenio colectivo del sector de Oficinas y despachos de Zaragoza (BOP de Zaragoza, núm. 6, de 9 de enero de 2019). Convenio colectivo del sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Teruel (BOP de Teruel núm. 43, de 5 de marzo de 2019); Convenio colectivo del sector Garajes, Aparcamientos, Estaciones de Lavado, y Engrase y Autoestaciones de la provincia de Zaragoza (BOP de Zaragoza, núm. 48 de 28 de febrero de 2019); Convenio colectivo para el sector de la Hostelería de la provincia de Jaén (BOP de Jaén, núm. 222, de 18 de noviembre de 2020).

⁶⁶ Convenio colectivo para el Sector de industrias Vinícolas y Alcoholeras de la provincia de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real núm. 23, de 4 de febrero de 2019). Convenio colectivo de Transporte sanitario de la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz núm.113, del 17 de junio de 2019); Convenio colectivo del sector empresas y trabajadores dedicados a la fabricación de licores, criadores exportadores, embotelladores y almacenistas de vinos de Vizcaya (BOP de Vizcaya, núm. 48, de 8 de marzo de 2019).

⁶⁷ BOP de Vizcaya, núm. 229, de 27 de noviembre de 2020.

Al respecto, son llamativos los convenios que limitan la vigencia de este plus salarial de fidelidad hasta el alcance de la edad legal de jubilación⁶⁸. En este sentido, si el trabajador decidiera permanecer en la empresa más allá, pierde el derecho al cobro de esta cantidad puesto que «la misma ha sido establecida precisamente para estimular la contratación de nuevas personas, mediante estímulo del acceso progresivo a la jubilación»⁶⁹.

En otros casos, el premio consiste en otorgamiento de unos días adicionales de vacaciones a partir del año en que cumplan dicha antigüedad⁷⁰. Por último y en menor medida, algunos convenios colectivos premian la constancia de sus empleados regalándoles algún objeto de valor⁷¹ o un viaje⁷².

3.7. Cláusulas que fomentan la salida del mercado laboral de los trabajadores maduros

Por último, por razones cuantitativas, son merecedores de ser destacados los convenios colectivos en los que se fijan cláusulas que tienen en cuenta la variable de la edad de sus trabajadores, pero no para otorgarles una protección específica de seguridad y salud laboral sino para propiciar su salida de la empresa mediante las diversas modalidades de jubilaciones. Existe una clara tendencia a dificultar la permanencia en el mercado laboral de los trabajadores de mayor edad y las

⁶⁸ Convenio colectivo de sector Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz (BOP de Badajoz, núm. 179, del 17 de septiembre de 2019); Convenio colectivo de la empresa Metro Bilbao S.A. (BOP de Vizcaya, núm. 167, de 1 de septiembre de 2020); Convenio colectivo del sector Detallistas y Autoservicios de Alimentación de Zaragoza (BOP de Zaragoza, núm. 214, de 16 de septiembre de 2020).

⁶⁹ III Convenio colectivo del Grupo Enagás, (BOE núm. 264, de 6 de octubre de 2020).

⁷⁰ Convenio colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Valladolid, BOP de Valladolid núm. 220, del 15 de noviembre de 2018. Convenio colectivo del centro municipal de Formación Antigua Fábrica de Borra (BOP de Segovia, núm. 138, de 16 de noviembre de 2018); IV Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo, AIE (BOE núm. 21, de 24 de enero de 2019); Convenio colectivo Mapfre Grupo Asegurador (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2019); Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2019); Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Quintanar de la Sierra (BOP de Burgos núm. 80, de 29 de abril de 2019); Convenio colectivo de la Fundación de la Universidad de Almería (BOP de Almería, núm. 172 de 4 de septiembre de 2020); Convenio colectivo para el personal laboral de la Comarca de Campo de Borja (BOP de Zaragoza, núm. 221, de 24 de septiembre de 2020); III Convenio colectivo del Grupo Enagás (BOE núm. 264, de 6 de octubre de 2020); Convenio colectivo del Ayuntamiento de Fabero (personal laboral) (BOP de León, núm. 215, de 17 de noviembre de 2020).

⁷¹ El convenio colectivo de la empresa hyperion Materials & Technologies Spain, SL (BOP de Barcelona, de 7 de julio de 2020) y el III Convenio colectivo del personal de la red de ventas de Aguas Danone, SA (BOE núm. 286, de 29 de octubre de 2020), obsequian a sus trabajadores con 25 años de antigüedad un reloj de pulsera.

⁷² El Convenio colectivo de la empresa Terminales Portuarias, SL (BOP de Vizcaya, núm. 128, de 7 de julio de 2020), regala un viaje para dos personas durante una semana, a los empleados que cuentan con una antigüedad de 25 años.

cláusulas de determinados convenios colectivos son una buena prueba de ello. Ello constituye, en nuestra humilde opinión, un claro obstáculo a la consecución de los objetivos marcados por las políticas comunitarias y nacionales sobre el envejecimiento activo y la prolongación de la vida laboral.

En primer lugar, recordemos que en el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2018-2020⁷³, en el apartado V del Anexo dedicado a la jubilación, los interlocutores sociales acordaron «instar a la administración para que realice los cambios legales que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que, el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de políticas de empleo.» Con efectos a partir del 1 de enero de 2019, por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre⁷⁴, se restableció la Disposición Adicional 10 del Estatuto de los Trabajadores que otorga a la negociación colectiva la facultad de establecer cláusulas convencionales de extinción del contrato de trabajo una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación.

Pues bien, se intuye que el restablecimiento de la jubilación forzosa era algo que se esperaba con mucha ansias por los interlocutores sociales puesto que, a pesar de su recién reincorporación en nuestra normativa, son ya muchos los convenios colectivos que establecen que aquellos trabajadores que cumplan 65 años y reúnan los demás requisitos de acceso a la jubilación ordinaria verán extinguir su contrato de trabajo o en todo caso en cuanto completen los períodos de cotización necesarios para acogerse a la jubilación obligatoria⁷⁵. Incluso, he-

⁷³ IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018).

⁷⁴ Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

⁷⁵ Entre otros: Convenio colectivo del sector Hostelería de Zaragoza (BOP de Zaragoza núm. 34, de 12 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector de la limpieza de Edificios y locales de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 82, de 30 de abril de 2019); Convenio colectivo provincial para la actividad de oficinas y despachos de Burgos (BOP de Burgos, núm. 93, de 17 de mayo de 2019); Convenio colectivo de empresas mayoristas y almacenistas de alimentación de Cádiz (BOP de Cádiz, núm. 97, del 24 de mayo de 2019); Convenio colectivo provincial para las industrias de panadería de Lleida (BOP de Lleida, núm. 111, de 10 de junio de 2019); III Convenio colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. (BOE núm. 143, de 15 de junio de 2019); Convenio colectivo del sector de Pastelería, Confitería y Bollería de la provincia de Girona (BOP de Girona, núm. 119, de 20 de junio de 2019); Convenio colectivo del sector de comercio de óptica al detalle de la provincia de Barcelona (BOP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2019);

Convenio colectivo para la empresa Vidrala, SA (BOP de Álava, núm. 52, de 11 de mayo de 2020); Convenio colectivo de la Empresa Lipasam, SA (BOP de Sevilla, núm. 154, de 4 de julio de 2020); Convenio Peugeot Citroen Automoviles España, SA (Centro de Vigo), (BOP de Pontevedra, núm. 160, de 20 de agosto de 2020); Convenio colectivo de la empresa CSPSA, SA – Sector II (BOP de Almería, núm. 171, de 3 de septiembre de 2020); Convenio colectivo de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE, núm. 239, de 7 de septiembre de 2020); Convenio colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as

mos encontrado algún convenio colectivo que recoge una cláusula sobre la jubilación forzosa de dudosa legalidad dado que el convenio colectivo se publicó a principios de 2018, cuando la Disposición Adicional 10.^a ET declaraba nula cualquier cláusula convencional que estableciera la extinción de contrato del trabajador por alcanzar la edad ordinaria de jubilación⁷⁶.

Por otra parte, existe en la negociación colectiva una clara tendencia a fomentar el acceso a la jubilación anticipada a pesar de los intentos de nuestro legislador en los últimos años de adoptar reformas tendentes a desincentivar su utilización. En muchas ocasiones la negociación colectiva no recoge la jubilación anticipada de forma directa, sino que se menciona a través de cláusulas que otorgan «premios» para incentivar los trabajadores a adelantar su edad de jubilación. De hecho, estas cláusulas se denominan paradójicamente: «premio de vinculación»; «premio de fidelidad»; «premio de permanencia»; «premio a la constancia»; «premio de compensación por antigüedad»; «cláusula de fidelización»; «indemnización a la constancia»; «gratificación por permanencia»; «gratificación de fidelidad» etc., supeditadas todas ellas al cese efectivo del trabajador que voluntariamente decide anticipar su retiro de la empresa. A pesar de las apariencias, realmente estos premios no vienen tanto a recompensar la antigüedad y fidelidad de los trabajadores más veteranos, sino que se trata de mecanismos utilizados por las empresas para incentivar su expulsión mediante el otorgamiento de indemnizaciones económicas a los que aceptan cesar de manera voluntaria su prestación en la empresa. Sin lugar a duda, creemos que la imposibilidad de establecer cláusulas forzosas de jubilación desde 2012 hasta 2019, ha llevado a determinadas empresas a buscar alternativas, recurriendo, entre otros instrumentos, al establecimiento de premios de jubilación como mecanismo para seguir fomentando la expulsión de los trabajadores maduros (Ana María Romero Buriello, 2017: 473).

Generalmente estos premios están sujetos a la acreditación de una antigüedad mínima de 10, 15, 20 años. Suelen consistir en el pago de una cantidad económica a tanto alzada cuya cuantía viene definida en la cláusula⁷⁷ o con-

(BOE, núm. 255, de 25 de septiembre de 2020); III Convenio colectivo del Grupo Enagás (BOE núm. 264, de 6 de octubre de 2020); Convenio colectivo de la empresa cervezas MAHOU, S.L.U. (BOP de Guadalajara, núm. 195, de 15 de octubre de 2020); Convenio colectivo de Siemens Mobility, SLU (BOE núm. 299, de 13 de noviembre de 2020); Convenio Colectivo de la empresa Muelles y Ballestas Hispano-Alemanas, SL (BOP de Castellón, núm. 140, de 21 de noviembre de 2020); Convenio colectivo de Lynthia Networks, SAU (BOE núm. 307, de 23 de noviembre de 2020); Convenio colectivo de las empresas de seguridad (BOE núm. 310, de 26 de noviembre de 2020); Convenio colectivo del Personal de Limpieza del Hospital Universitario «Virgen Macarena» y Policlínico de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 275, de 26 de noviembre de 2020).

⁷⁶ Convenio colectivo provincial de Comercio del Mueble de Tenerife (BOP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 39, de 30 de marzo de 2018).

⁷⁷ Entre otros: Convenio colectivo para la actividad de Oficinas y Despachos de Salamanca, (BOP de Salamanca, núm. 69, de 10 de abril de 2018); Convenio colectivo del sector de Empre-

siste en el pago de un determinado número de mensualidades salariales⁷⁸ pero en cualquiera de los dos casos, varía según la edad elegida por el trabajador para anticipar su retiro. Cuanto menos tiempo le falte al trabajador para alcanzar la edad ordinaria de jubilación, menor es el premio acordado. En algunos convenios, dicho importe no depende de la edad del trabajador sino exclusivamente de los años de antigüedad que lleve prestando sus servicios en la empresa⁷⁹.

sas dedicadas a la Manipulación, Envasado, Comercialización al por Mayor de Agrios, demás frutas, hortalizas y sus derivados Industriales de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 114, de 19 de mayo de 2018); Convenio colectivo del sector Estaciones de Servicio de Vizcaya (BOP de Vizcaya, núm. 116, de 18 de junio de 2018); Convenio colectivo de las Industrias Panificadoras de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba, núm. 150, del 20 de agosto de 2018); Convenio colectivo del sector de frutos secos de la provincia de Tarragona (BOP de Tarragona, núm. 188, de 1 de octubre de 2018); Convenio colectivo Transporte de viajeros por carretera y servicios urbanos de transportes de la provincia de Ávila (BOP de Ávila, núm. 180, de 17 de septiembre de 2019); Convenio colectivo para el sector del comercio de materiales de construcción de la provincia de Barcelona (BOP de Barcelona, del 21 de octubre de 2019); Convenio colectivo de sector Industrias de la madera de la provincia de Badajoz, (BOP de Badajoz, núm. 235, de 5 de diciembre de 2019); Convenio colectivo provincial de la Industria y el Comercio de la Vid (BOP de Valladolid, núm. 238, de 16 de diciembre de 2019); Convenio colectivo de la empresa FCC Medio Ambiente, SAU (BOP de Ávila, núm. 122, de 26 de junio de 2020); II Convenio colectivo de ámbito empresarial para software DELSOL, SA (BOP de Jaén, núm. 126, de 3 de julio de 2020); Convenio colectivo para el sector de la Hostelería de la provincia de Jaén (BOP de Jaén, núm. 222, de 18 de noviembre de 2020); Convenio colectivo de las empresas de seguridad (BOE núm. 310, de 26 de noviembre de 2020).

⁷⁸ Entre otros: Convenio colectivo del comercio en general de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 236, de 10 de octubre de 2018); Convenio colectivo del Sector Agrario para la provincia de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 220, de 16 de noviembre de 2018); Convenio colectivo para las industrias de tintorería, lavanderías de uso doméstico, limpieza y planchado de ropas de Sevilla y provincia (BOP de Sevilla, núm. 27, de 2 de febrero de 2019); Convenio Colectivo del sector maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 39, de 16 de febrero de 2019); Convenio Colectivo para el Sector de los Derivados del Cemento, Cales y Yesos de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 56, de 21 de marzo de 2019); Convenio colectivo Provincial de Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Guadalajara (BOP de Guadalajara, núm. 75, de 16 de abril de 2019); Convenio colectivo de Transporte sanitario de la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz núm. 113, de 17 de junio de 2019); Convenio colectivo del sector de Derivados del Cemento de Málaga y Provincia, (BOP de Málaga, núm. 146, de 31 de julio de 2019); Convenio colectivo provincial para el Comercio de Alimentación de Zamora (BOP de Zamora, núm. 94, de 12 de agosto de 2019); Convenio colectivo de comercio de tejidos en general, mercería, paquetería y quincalla de la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz, núm. 163, de 27 de agosto de 2019); Convenio colectivo del sector artesanal de pastelería, bollería, repostería y platos precocinados para la provincia de Valladolid (BOP de Valladolid, núm. 163, de 27 de agosto de 2019); Convenio colectivo de la empresa Bidelan Gipuzkoako Autobideak, SA (BOP de Guipúzcoa, núm. 222, de 19 de noviembre de 2020); Convenio colectivo del Personal de Limpieza del Hospital Universitario «Virgen Macarena» y Policlínico de Sevilla (BOP de Sevilla, núm. 275, de 26 de noviembre de 2020); Convenio colectivo de la empresa Namagui Algon SL (Hotel Barceló Bilbao) (BOP de Vizcaya, núm. 229, de 27 de noviembre de 2020).

⁷⁹ Entre otros: Convenio colectivo del Sector de Hostelería de Málaga (BOP de Málaga, núm. 162 del 23 de agosto de 2018); Convenio colectivo del sector de Industrias de hostelería de la provincia de Huelva (BOP de Huelva, núm. 167, de 30 de agosto de 2018); Convenio colectivo de Supermercados, autoservicios y Detallistas de Alimentación en general de Alicante (BOP de Alicante, núm. 24, de 4 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector Hostelería de Zaragoza (BOP de

Por último, en algunos convenios analizados constatamos que estos premios son en especie⁸⁰ o consisten en un permiso retribuido especial o en un tiempo adicional de vacaciones⁸¹ que el trabajador deberá disfrutar antes o después del momento en que se produzca la jubilación.

Llama la atención que algunos convenios resaltan que, en el caso de rechazar la propuesta de jubilarse anticipadamente, jubilarse más allá de la edad ordinaria de jubilación, o de retractarse y no cesar una vez llegada la fecha de jubilación comunicada, el trabajador pierde todo derecho al complemento de jubilación o vendrá obligado a devolver el importe percibido durante las vacaciones⁸². Esta subordinación del premio con la obligación del trabajador de jubilarse es de dudosa legalidad cuando, por regla general, el acceso a la jubilación es un derecho y no una obligación (Gala Durán, 2017: 154).

Zaragoza núm. 34, de 12 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector de hostelería de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife (BOP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 19, de 13 de febrero de 2019); Convenio colectivo provincial de Comercio Mayoristas de Alimentación (BOP de Alicante, núm. 121, del 28 de junio de 2019); Convenio colectivo Provincial del Sector de Limpieza de Edificios y Locales (BOP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 84, de 12 de julio de 2019); Convenio colectivo del sector de mayoristas de frutas, verduras, hortalizas, plátanos y patatas de Barcelona (BOP de Barcelona del 16 de septiembre de 2019); Convenio colectivo provincial de comercio e importadores de artículo fotográficos, video y sonido de Barcelona (BOP de Barcelona del 22 de octubre de 2019); Convenio colectivo de la Empresa Lipasam, SA (BOP de Sevilla, núm. 154, de 4 de julio de 2020).

⁸⁰ Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE núm. 62, de 11 de marzo de 2020).

⁸¹ Entre otros: Convenio colectivo para el sector de Transporte de mercancías por carretera de Palencia y Provincia (BOP de Palencia, núm. 5, de 10 de enero de 2018); Convenio colectivo para la actividad de Agencias de Transportes de Cargas Fraccionadas de Burgos, (BOP de Burgos, núm. 95, de 18 de mayo de 2018); Convenio colectivo para las actividades de Limpieza, Abrillantado, y Pulimento de Edificios y Locales de Salamanca (BOP de Salamanca, núm. 180, de 17 de septiembre de 2018); Convenio colectivo para el sector de Transporte de mercancías por carretera de Palencia y Provincia (BOP de Palencia, núm. 5, de 10 de enero de 2018); Convenio colectivo del sector de la Madera y Corcho para la provincia de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 79, de 25 de abril de 2019); Convenio colectivo del sector de la limpieza de Edificios y locales de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 82, de 30 de abril de 2019); Convenio colectivo de Siderometal y Talleres de Reparación de vehículos de la Provincia de Ourense (BOP de Ourense, núm. 132, de 11 de junio de 2019); Convenio colectivo provincial de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Pontevedra, (BOP de Pontevedra, núm. 164, de 28 de agosto de 2019); Convenio colectivo para el sector de Oficinas y Despachos de Palencia y Provincia (BOP de Palencia, núm. 107, de 6 de septiembre de 2019); V Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA, y Acotral Distribución Canarias, SA. (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2019); Convenio colectivo de la empresa Estacionamientos y Servicios SA (BOP de Salamanca, núm. 196, de 14 de octubre de 2019).

⁸² Entre otros: II Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa, SA. (BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2017); Convenio colectivo del Comercio en General en Albacete, (BOP de Albacete, núm. 55, del 15 de mayo de 2019); Convenio colectivo provincial de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Pontevedra (BOP de Pontevedra, núm. 164, de 28 de agosto de 2019); Convenio colectivo para las empresas de mediación de seguros privados (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2020); Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE núm. 183, de 3 de julio de 2020); Convenio colectivo de la empresa E.L.A Guadalcacín (BOP de Cádiz, núm. 191, de 5 de octubre de 2020).

Cabe subrayar que estos premios económicos o permisos retribuidos también se conceden en determinadas ocasiones en los casos de jubilación ordinaria e, incluso en edades mucho más tempranas. En efecto, determinados convenios establecen que aquellos trabajadores con al menos 45, 55, 57 o 59 años y con la acreditación de un mínimo de antigüedad, que deciden voluntariamente cesar en la empresa, podrán optar a dicho premio, además de las indemnizaciones que pudieran corresponderles.⁸³ A modo de ejemplo, resulta de nuevo muy ilustrativo el Convenio colectivo de la empresa Namagui Algon SL (Hotel Barceló Bilbao)⁸⁴ que en su artículo 18 «compensación por vinculación», indica que se compromete a estudiar las peticiones de los trabajadores que deseen desvincularse de la empresa siempre que éstos acrediten tener la edad de 56 años y una antigüedad mínima de 18 años. En caso de cumplirse los requisitos, se les abonará una cuantía equivalente a 6 mensualidades de salario base más el plus *ad personam* y una mensualidad adicional por cada 4 años de servicio que excedan de los mencionados 18 años. Esta práctica viene a reforzar la idea de que el objetivo perseguido por las empresas mediante la concesión de estos premios es propiciar la expulsión de los trabajadores veteranos.

Adicionalmente, nos gustaría hacer algún apunte sobre el requisito de la edad recogido en las cláusulas convencionales que regulan la jubilación anticipada voluntaria. Son llamativos todos aquellos convenios que incentivan dicha figura a partir de los 60 años. Recordemos que la normativa aplicable establece entre sus requisitos que, para tener acceso a la jubilación anticipada, el trabajador deberá tener una edad real inferior en dos años, como máximo, a la edad legal de jubilación, excepto aquellos trabajadores que hubieran cotizado a las Mutualidades Laborales antes del 01 de enero de 1967 en cuyo caso se mantiene la edad de los 60 años. No obstante, como bien se sabe, en la actualidad esta distinción ya concierne a muy pocos casos. Por tanto, exceptuando este último supuesto, en 2020 ningún trabajador puede acceder a la jubilación anticipada antes de los 63 años (63 años con 37 años o más cotizados, o 63 años y 10 meses con menos de 37 años de cotización). Al respecto, creemos que la cláusula del artículo 38 del II convenio colectivo de Software del Sol⁸⁵ sobre «Indemnización por jubilación anticipada» es fraudulenta en tanto en cuanto establece la edad de

⁸³ Entre otros: Convenio colectivo del sector Hostelería de Zaragoza, (BOP de Zaragoza, núm. 34, de 12 de febrero de 2019); Convenio colectivo del sector de Almacenaje y Distribución de Alimentación de la provincia de Zaragoza (BOP de Zaragoza, núm. 179, de 6 de agosto de 2019); Convenio colectivo provincial del sector del comercio textil de Barcelona, (BOP de Barcelona, del 18 de noviembre de 2019); Convenio colectivo del sector de mayoristas de frutas, verduras, hortalizas, plátanos y patatas de Barcelona (BOP de Barcelona del 16 de septiembre de 2019); Convenio colectivo de Locales y Campos Deportivos de Vizcaya (BOP de Vizcaya, núm. 225, de 23 de noviembre de 2020).

⁸⁴ BOP de Vizcaya, núm. 229, de 27 de noviembre de 2020.

⁸⁵ II Convenio colectivo de Software del Sol, S.A (BOP de Jaén, núm. 126, de 3 de julio de 2020).

55 años para el acceso a la jubilación anticipada. Se trataría, a nuestro entender, de una posible extinción voluntaria por parte del trabajador de su contrato de trabajo con derecho a una indemnización, pero en ningún caso de una jubilación anticipada a efectos de nuestro sistema de Seguridad Social.

Pues bien, ¿y qué regula la negociación colectiva sobre la posible prolongación de la vida laboral de sus trabajadores? Salvo error, en ninguno de los convenios analizados se ha encontrado alguna cláusula que fomente y premie el mantenimiento en activo de sus trabajadores más allá de la edad ordinaria de jubilación. No consta ninguna cláusula que recoja la regulación normativa de la jubilación parcial postergada, de la jubilación flexible o que promueva los posibles incentivos económicos de la jubilación activa para los trabajadores y las empresas. Tan solo se ha encontrado un pequeño párrafo incluido en una cláusula en la que se establece que cuando de común acuerdo, empresario y trabajador pacten la prolongación de la vida laboral por encima de la edad legal de jubilación, y 15 años cotizados, se abonará a dichos empleados un plus anual de 15 días de salario base o su parte proporcional en caso de contratación a tiempo parcial⁸⁶. Fuera de eso, silencio total.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, parece oportuno plantearse la conveniencia que las partes negociadoras acuerden la fijación de este tipo de cláusulas convencionales que fomentan el retiro prematuro de los trabajadores maduros cuando las políticas públicas buscan precisamente todo lo contrario, esto es, acercar la edad real a la edad legal de jubilación e incluso incentivar los trabajadores a retrasar más allá de esta edad su retiro definitivo.

Esta realidad convencional pone de relieve como la expulsión de los trabajadores de más edad sigue constituyendo una práctica muy común. Y ello porque, por desgracia, sigue muy arraigada la idea de que este colectivo de trabajadores es menos productivo y eficaz en su trabajo que el resto de los empleados de menos edad. Además, perdura el estereotipo según el cual estos trabajadores presentan carencias con respecto a las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento y tienen mayores dificultades para reciclarse, formarse y adaptarse a los cambios tecnológicos. Por todo ello, las empresas los identifica como un obstáculo a la consecución de los objetivos empresariales de producción y creen más conveniente prescindir de ellos, y para ahorrar costes, contratar a otros más jóvenes con condiciones laborales más precarias.

Es fundamental que se cambie esta visión y que los interlocutores sociales busquen que las políticas empresariales se adapten a las circunstancias reales de nuestra sociedad y mercado de trabajo. Se sigue utilizando las diversas modalidades de jubilaciones como la anticipada o la forzosa como políticas

⁸⁶ Convenio colectivo del Sector Agrario para la provincia de Ciudad Real (BOP de Ciudad Real, núm. 220, del 16 de noviembre de 2018).

de regulación de empleo. No obstante, sin poner en duda los intereses perfectamente legítimos de aportar una solución al desempleo juvenil, creemos que difícilmente se puede llegar a entender en qué medida las cláusulas convencionales que posibilitan la jubilación forzosa o fomentan la expulsión con premios económicos pueden ser compatibles con las políticas de envejecimiento activo⁸⁷. El problema del desempleo juvenil no puede solucionarse a costa de los trabajadores de más edad. Además, como bien se sabe, las personas de más de 45 años constituyen uno de los colectivos más afectados por el desempleo y, en particular, por el desempleo de larga duración. Por ende, su temprana salida del mercado puede hacer muy complicado revertir su situación, y en algunos casos, sumergirles en una situación de exclusión sociolaboral con importantes consecuencias negativas sobre su futura pensión de jubilación. Recordemos también que hace unos años, en la Estrategia 55 y más, el propio legislador instaba a los interlocutores sociales que, en ejercicio de su autonomía colectiva, analicen conjuntamente la legalidad, acierto y oportunidad de mantenerse este tipo de cláusulas en los convenios colectivos. Y estimamos que, a estas alturas, no se puede hacer caso omiso a los retos que plantea el envejecimiento de la población trabajadora debido a su considerable impacto en el mercado de trabajo y en las arcas de nuestro sistema de seguridad social.

Por ello, ante el reto demográfico y las recomendaciones europeas para alargar la vida activa de los trabajadores de más edad, cabría prestar mayor interés, si cabe, a la promoción de unas adecuadas normas de prevención de riesgos laborales para facilitar la consecución de ese objetivo. A nuestro entender, la implantación de medidas específicas tendentes a garantizar la salud y seguridad de los trabajadores conllevará que se alcance de forma más adecuada el gran objetivo europeo (y español) de mantener y alargar la vida activa de los trabajadores de más edad. Y es que resulta imposible prolongar la vida activa de los trabajadores si ésta no se ve adecuadamente acompañada de un buen estado de la salud de los trabajadores o si las empresas no les facilitan el camino para acceder a la jubilación activa.

4. Consideraciones finales

El envejecimiento de la población se debe fundamentalmente a un aumento de la esperanza de vida y a una disminución de la natalidad. Sus consecuencias

⁸⁷ En este mismo sentido SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., afirma: «difícilmente, por no decir imposible, la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo puede orientarse a la consecución de este objetivo; por el contrario, lo entorpece y lo convierte en inalcanzable.» en «Política de envejecimiento activo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º79, 2009, pág. 126.

afectan a los más diversos ámbitos de la vida social, económica y laboral. Paulatinamente se produce una modificación del perfil de la población trabajadora, cada vez más mayor.

No obstante, el fenómeno no es nuevo, sino que es un proceso que se inició hace ya varias décadas. Por ello, desde finales de los años 80, principio de los 90, las instituciones europeas empezaron a adaptar sus políticas, integrando en sus diversos estudios, informes, recomendaciones, las consideraciones demográficas. En ellos, alertaba también a los Estados miembros de la necesidad de ajustar sus políticas y tomar medidas para tratar de aportar solución a un fenómeno que plantea retos políticos, económicos y sociales. Se produjo así un giro en sus políticas que supuso un cambio de sus planteamientos de pro-retiro a pro-trabajo. Sin embargo, ante la magnitud de la última crisis económica de la que seguimos sufriendo las consecuencias, uno de los temas que más ha preocupado a las instituciones de la Unión Europea fue la incidencia del envejecimiento de la población sobre los sistemas de protección social y particularmente, sobre la viabilidad y sostenibilidad de los sistemas de pensiones.

Ante la situación planteada, durante el periodo 2008-2014 hubo una proliferación de intervenciones por parte de la Unión Europea, todas ellas dirigidas a los países comunitarios para que estos emprendieran, entre otras, reformas estructurales con el propósito de aminorar sus gastos públicos y asegurar la sostenibilidad financiera de sus sistemas de protección social. En consecuencia, la gran mayoría de los dirigentes nacionales llevaron a cabo reformas de sus sistemas de pensiones consistentes en líneas generales a retrasar la edad de jubilación, desincentivar las figuras de jubilaciones que suponen un retiro prematuro de los trabajadores (jubilación parcial, jubilación anticipada, jubilación forzosa), y por el contrario, fomentar las políticas tendentes a mejorar la tasa de empleo de los trabajadores de más edad y a prolongar incluso su vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación.

No obstante, el envejecimiento de la población no tiene solamente repercusiones sobre la sostenibilidad de los sistemas de protección social sino también sobre los sistemas de seguridad y salud en el trabajo. En efecto, la prolongación de la vida laboral a su vez presenta nuevos retos a los poderes públicos que deben valorar sus implicaciones sobre la salud de los trabajadores. Si bien es cierto que en la mayoría de los países el incremento de la esperanza de vida se ve acompañado de buena salud, no es menos cierto que debe prestarse atención a que dicha extensión de la vida laboral no afecte negativamente a la salud y bienestar de la población trabajadora. Por ello, en paralelo, la Unión Europea alteraba de que el reto del envejecimiento de la población no se combate solamente con políticas de empleo y reformas estructurales de los sistemas de pensiones sino también con medidas tendentes a asegurar y mejorar la seguridad y salud de los trabajadores de más edad para hacer viable el objetivo de la prolongación de la vida

laboral. Y es que de nada sirve fomentar la extensión de la vida laboral si no se dan las condiciones de trabajo saludables para ello.

Pues bien, a pesar de que la Unión Europea incidía en la importancia de observar el trinomio: envejecimiento de la población, prolongación de la vida laboral y condiciones de trabajo saludables, las reformas acometidas por España no se vieron acompañadas de otras medidas y políticas específicas en materia de prevención de riesgos laborales destinadas a mejorar y adaptar el entorno laboral y las condiciones de trabajo de los trabajadores de más edad. Las principales reformas acaecidas en nuestro país no evaluaron el impacto que estas medidas pudieran tener sobre la salud de los trabajadores lo que, en nuestra opinión, puede obstaculizar la consecución de los objetivos del envejecimiento activo fijados por las instituciones europeas.

En nuestro país, siguiendo el mandato de la Constitución Española, la cual encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 41 CE) y el deber de transponer la Directiva Europea 89/391/CEE, así como la actualización de la normativa anterior en esta materia, aparece la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. No obstante, no encontramos ni una sola mención en la LPRL de los trabajadores maduros, por lo que debemos recurrir a su artículo 25 que contempla la necesidad de proteger a los trabajadores que por sus características personal presentan una especial sensibilidad a los riesgos laborales. La edad no es un factor en si suficiente para configurar a los trabajadores de más edad como personas especialmente sensibles sino, los efectos derivados del envejecimiento que pueden provocar una mayor predisposición al daño ante la misma exposición a los riesgos laborales. Por ello, a remolque del impulso dado por la Unión Europea o por las reformas cometidas en otros países vecinos, no se puede descartar que, en tiempos venideros, ante una posible evolución de nuestra normativa preventiva, se contemple la inclusión de nuevas medidas de protección específicas o nuevos regímenes especiales de protección con el fin de adoptar nuestro régimen jurídico a la nueva realidad demográfica y social con el objetivo de dar cumplimiento al gran objetivo europeo y español de la prolongación de la vida activa. No tiene por qué tratarse obligatoriamente de añadir un grupo específico para trabajadores mayores o de identificar una edad concreta, pero sí al menos vincular la prolongación de la vida laboral con la promoción de un trabajo seguro y saludable y dejar constancia de que el envejecimiento de la población trabajadora y los efectos de que ello se deriva, constituye un elemento determinante de una mayor sensibilidad a los riesgos y, por ende, la necesidad de tener en cuenta este factor para establecer medidas especiales de protección.

No obstante, ante esta carencia de protección específica de los trabajadores de más edad en la LPRL, los interlocutores sociales mediante la negociación colectiva podrían en sus convenios colectivos, ampliar determinados aspectos y

adoptar medidas especiales con el fin de desarrollar la regulación mínima de la LPRL a los nuevos contextos demográficos, sociales y laborales.

En noviembre de 2020 se cumplen 25 años desde la entrada en vigor de la LPRL y es preciso reconocer que todavía muchos convenios colectivos no recogen la materia. No cabe la menor duda de que se ha producido un salto cuantitativo en cuanto se recogen más cláusulas en materia de prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. No obstante, esta mejora no se ha visto acompañada de una mejora cualitativa en tanto en cuanto la mayoría de los convenios que recogen la materia se limitan bien a la remisión de la normativa aplicable o bien a reproducir literalmente su contenido sin mayor ahondamiento. Los convenios colectivos no hacen uso de las múltiples posibilidades que les otorga la normativa preventiva de poder mejorar el contenido mínimo o de introducir especificidades del sector o de la empresa. Por ello creemos que los interlocutores sociales deben tratar la prevención de riesgos laborales como una materia prioritaria en la negociación colectiva y no como un apartado más al que el sector o la empresa debe referirse para cumplir con los mandatos legales. Es necesario introducir elementos de mayor concreción para mejorar y adaptar la materia a las particularidades del sector o de la empresa. No es posible que se encuentre exactamente el mismo tipo de contenido en sectores o grupos de empresas tan dispares entre sí.

Si la negociación colectiva suele desarrollar y mejorar los mínimos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores en materia de salario, descanso, conciliación etc., no se entiende por qué no ocurre lo mismo con la LPRL. Varias podrían ser las razones. En primer lugar, por un desconocimiento total o parcial de la normativa sobre la materia. En segundo lugar, por la dificultad de llevarla a la práctica debido a su carácter particularmente técnico y complejo. Por último, porque para muchas empresas la prevención de riesgos laborales implica un alto gasto de dinero que prefieren ahorrarse. Desgraciadamente, prefieren asumir los gastos directos derivados de la no observación de la prevención de riesgos laborales (incapacidades por accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc.) como los indirectos (sanciones y recargos por incumplimiento) antes que costear la introducción de medidas que permitirían eliminar o al menos reducir los riesgos laborales.

La LPRL reconoce el derecho a determinados sujetos de recibir una protección específica mediante el establecimiento de un conjunto de obligaciones recogidas en la normativa respecto de las que la negociación colectiva puede asumir más competencias. Sin embargo, en general, los convenios colectivos se limitan a recoger los supuestos recogidos por la LPRL sin ampliar el espectro de protección a otros colectivos.

Para el supuesto concreto de los trabajadores especialmente sensibles, la negociación colectiva no parece preocuparse en exceso por identificar a los trabaja-

dores que presentan unas características personales que les haga más vulnerables ante los riesgos laborales. De entre todos los convenios analizados, tan solo el II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social⁸⁸ desarrolla lo mínimo establecido en el artículo 25 LPRL incluyendo una lista de supuestos en la que recoge posibles colectivos susceptibles de ser considerados trabajadores sensibles entre los que recoge a los «trabajadores de edad avanzada». Por tanto, el tratamiento que hace la negociación colectiva al colectivo de trabajadores maduros no es alentador.

Como hemos subrayado a lo largo de este trabajo, el envejecimiento general de la población, así como las políticas públicas adoptadas en los últimos años tendentes a retrasar el retiro, tienen una repercusión en el mercado de trabajo de tal manera que, con un aumento de la edad media de la población trabajadora, el colectivo de trabajadores más maduro va constituyendo una parte cada vez más importante en las plantillas empresariales. Las dimensiones del reto demográfico y social no pueden ser ignoradas por los interlocutores sociales puesto que las empresas van a tener que enfrentarse también a la necesidad de asumir importantes retos para adaptarse a una fuerza laboral cambiante. Por ello, es importante que las empresas empiecen a tomar consciencia de la realidad sociodemográfica para redefinir sus prácticas en materia de prevención de riesgos laborales y empezar a prestar mayor atención a sus trabajadores veteranos.

Además, debe valorarse el impacto de la prolongación de la actividad laboral sobre la salud de los trabajadores de más edad. Y ello porque si bien es cierto que, a pesar del avance de la edad, la mayoría de los trabajadores pueden seguir desempeñando su trabajo con total normalidad, no es menos cierto que el proceso natural del envejecimiento puede cambiar la aptitud de determinadas capacidades. Los efectos derivados del envejecimiento dependen de las capacidades que requiere cada trabajo y el grado en que dichas capacidades se ven afectadas por el transcurso del tiempo. No obstante, partiendo de la idea de que las capacidades físicas se ven más afectadas que las cognitivas, la afectación del rendimiento será mayor en trabajos que requieren un alto esfuerzo físico y no tanto en las capacidades cognitivas. Debemos insistir en la idea de que el envejecimiento cambia la aptitud de las personas, pero no la reduce. De hecho, es probable que, algunas capacidades y habilidades adquiridas a lo largo de la trayectoria profesional, mejoran con la edad gracias a la experiencia profesional. Pero debe tenerse en cuenta que el mantenimiento de la exposición a los factores de riesgos durante más tiempo o a una edad más avanzada por la prolongación de la vida laboral puede incrementar las posibilidades de padecer un mayor deterioro de la salud o de sufrir un accidente o enfermedad profesional.

⁸⁸ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2019.

Por tanto, los interlocutores sociales, deben reflexionar sobre las exigencias específicas que les plantea la presencia de un número creciente de trabajadores maduros y estudiar las medidas preventivas y de organización que podrían adoptar, cuando sea preciso, para adaptar las condiciones y puestos de trabajo a las necesidades y capacidades de sus trabajadores con el fin de evitar un mayor desgaste de la salud y ayudar así a la extensión de la vida laboral de los trabajadores. Una buena gestión de la edad pasa inevitablemente por buenas prácticas en materia de prevención de riesgos laborales mediante la introducción de medidas y acciones específicas acordes a las necesidades de las personas en función de su ciclo vital. Varias son las posibles estrategias preventivas que se podrían contemplar.

En primer lugar, la adaptación de las tareas o de los puestos de trabajo es una medida importante del envejecimiento activo. Cada vez menos trabajos conllevan la realización de tareas excesivamente duras y peligrosas gracias a los cambios introducidos por las nuevas tecnologías, la robotización y la digitalización que facilitan la ejecución de determinadas tareas. Por ello, se debe contemplar la posibilidad de disminuir las cargas de trabajo, al menos aquellas que requieren un mayor esfuerzo físico. Se deben aprovechar las máquinas que se crearon para estar al servicio del ser humano, ayudarle en la ejecución de sus tareas y no para encauzarle hacia el sistema de protección social. Ello puede venir complementado por adaptaciones del entorno físico del trabajo con un buen diseño ergonómico del equipo o del puesto de trabajo que son buenas para todos los trabajadores, pero particularmente para los de más edad.

En segundo lugar, es cierto que vivimos en una sociedad en la que la forma de trabajar ha cambiado, en la que los ritmos de trabajo son mucho más acelerados y es posible que los trabajadores presenten ciertas dificultades en seguir el ritmo. Por ello, se puede contemplar la posibilidad de adoptar medidas de flexibilidad o de adaptación de las condiciones de trabajo mediante la reducción de jornada, el ajuste del horario de trabajo y descanso, evitar el trabajo a turnos o el trabajo nocturno. Se puede también valorar la posibilidad de introducir el trabajo a distancia, el teletrabajo. Estas adaptaciones no tienen por qué aparecer siempre o estar todas a la vez, pero desde luego, creemos que no incluir ningún tipo de estas medidas tampoco facilita el camino para que el trabajador contemple la posibilidad de permanecer en activo. Y es perfectamente entendible que después de 38-40 años trabajando, una persona de 65-67 años no pueda o no quiera seguir trabajando en las mismas condiciones.

No obstante, a día de hoy, la realidad convencional no trata a los trabajadores maduros con la singularidad que requieren sus especiales características. Resulta difícil encontrar convenios donde se tenga en cuenta la variable del envejecimiento entre sus planes preventivos y con acciones específicas para sus trabajadores maduros. Algunos convenios reconocen el derecho a la movilidad funcional para los trabajadores

que hayan visto mermada su capacidad con el fin de adaptar el entorno laboral a sus nuevas características, pero de nuevo, sin precisar en muchos casos la contingencia causante de la disminución. En este mismo sentido, apenas hemos encontrado cláusulas que establecieran medidas de adaptación de funciones y condiciones de trabajo para los trabajadores de más edad. Generalmente esto se traduce en una reducción del tiempo de trabajo, un mayor tiempo de descanso (vacaciones), cambio de turno o el establecimiento de restricciones para el desempeño de determinadas tareas que suponen para los trabajadores veteranos un mayor esfuerzo físico.

La estrategia de mantener más tiempo a los trabajadores en la actividad modificando y adaptando sus puestos de trabajo o condiciones de trabajo no está presente, o no lo suficiente ante la magnitud de la evolución demográfica y del mercado de trabajo. Creemos que mantener las mismas condiciones que el resto de los trabajadores no favorece la permanencia de los trabajadores y mucho menos su continuidad después de la edad de jubilación. Por ello, es necesario que los interlocutores sociales muestren una mayor preocupación por adaptar los puestos de trabajo y flexibilizar las condiciones laborales de sus empleados.

Para terminar, en nuestra opinión, los interlocutores sociales juegan un papel fundamental en el avance de la prolongación de la vida activa de los trabajadores mediante la promoción de la jubilación postergada, la jubilación activa y la jubilación flexible. No obstante, el presente análisis nos permite demostrar que la gestión de la edad que se realiza en la negociación colectiva se hace principalmente a través del establecimiento de cláusulas que propician la salida del mercado laboral de los trabajadores cercanos a la edad legal de jubilación mediante la jubilación forzosa o el otorgamiento de premios para animar a los trabajadores a acogerse a la jubilación anticipada. A pesar de que los interlocutores justifican el establecimiento de estas cláusulas con el fin de responder a las políticas enfocadas a mejorar la estabilidad y la calidad del empleo, las autoridades públicas llevan muchos años señalando que las políticas que regulan la jubilación anticipada o forzosa no ayudan a crear empleo estable y de calidad para los jóvenes⁸⁹, como se había previsto inicialmente, sino que reducen la posibilidad de los trabajadores de mantenerse en activo. Por otra parte, las empresas pierden las oportunidades de beneficiarse de las capacidades y habilidades de los trabajadores mayores.

En cualquier caso, el estado actual de la negociación colectiva sobre la materia nos permite concluir que el fomento del envejecimiento activo o de la permanencia de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo no consti-

⁸⁹ Las instituciones de la Unión Europea llevan varias décadas advirtiendo de que «el vínculo directo entre la jubilación anticipada y la creación de empleo para los jóvenes ha sido menor de lo que se esperaba» y por ende «no hay pruebas empíricas de que los trabajadores más jóvenes y los de más edad son intercambiables.» Comunicación de la Comisión «Hacia una Europa para todas las edades» COM (1999) 221 final, pág. 9; Comunicación de la Comisión «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo», COM (2004) 146 final, pág. 9.

tuye un objetivo preferente para las partes negociadoras de los convenios colectivos. Los interlocutores sociales muestran un mayor interés en acordar cláusulas que propician la expulsión de los trabajadores que medidas que buscan a mejorar sus condiciones laborales para hacer viable la prolongación de su vida laboral. Es más, parece que la negociación colectiva concibe el envejecimiento activo como un objetivo negativo. No creemos tampoco que la prolongación de la vida laboral de los trabajadores constituya una barrera para el empleo de los más jóvenes. Por tanto, existe una cierta descoordinación en el sentido de que parece que las directrices políticas van por un lado y la práctica empresarial por otro. Ello nos demuestra un desconocimiento de las medidas favorecedoras de la prolongación de la vida activa por parte de los interlocutores sociales o simplemente que el interés económico está por encima de cualquier otra cosa. Es perfectamente entendible que en ciertos sectores o determinadas circunstancias se facilite el tránsito hacia la jubilación debido a la naturaleza particularmente penosa o peligrosa del oficio, pero ello siempre ha constituido la excepción de determinadas actividades y no puede, a nuestro entender, convertirse en la regla general.

Sea como fuere, tantas cláusulas que fomentan la expulsión del trabajador son desalentadoras, dando la sensación de que perpetúan los estereotipos según los cuales los trabajadores de más edad son menos productivos, no quieren adaptarse a los cambios y ante el gasto que suponen para las empresas, éstas prefieren deshacerse de ellos. Estas prácticas no son justificables ni sostenibles ante los retos a los que nos enfrentaremos en las próximas décadas. Quizás, si las empresas prestaran mayor atención a adoptar medidas preventivas destinadas a mantener la salud, las capacidades de sus trabajadores además de adaptar las condiciones y puestos de trabajo a sus necesidades, percibirían que estas presuposiciones distan de la realidad. El propio envejecimiento activo constituye, en nuestra opinión, una posible oportunidad para combatir y eliminar el edadismo.

Por ello, es necesario que se produzcan profundos cambios en la cultura organizativa y convencional en materia preventiva y de envejecimiento activo, y esto parece que no será posible toda vez que los propios interlocutores sociales no se apropien de los objetivos marcados por las políticas públicas que buscan mantener y prolongar la vida laboral de los trabajadores.

5. Bibliografía

- BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús (2016). «La protección de la salud de los trabajadores de edad avanzada», *RTSS CEF*, núm. 397, 74.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen y MORENO MÁRQUEZ, Ana (2009). «Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros», en VV.AA., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid: Lex Nova, 220.

- GARCÍA NINET, José Ignacio y BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús (2015). *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 97.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (1997). «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley, Madrid, 35.
- GALA DURÁN, Carolina (2017). «La relación entre la jubilación y la negociación colectiva tras las últimas reformas», *Documentación laboral*, vol. IV, núm. 112, 154.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y LÓPEZ ÁLVAREZ, María José (2016). *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 17.
- MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, Enrique (2019). «El verdadero objetivo de la compatibilidad de pensión de jubilación con trabajo: ¿envejecimiento activo, suficiente, sostenibilidad o cambio de paradigma? Evolución del modelo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2019)» en *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Ediciones Laborum, Tomo II, 547.
- MERCADER UGUINA, Jesús y MUÑOZ RUÍZ, Ana Belén (2002). «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi social*, núm. 14, 61-62.
- MONEREO PÉREZ JOSÉ LUIS, (2018). «Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, 184.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2015). *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 27.
- PASTOR MARTÍNEZ, Alberto (2017). «La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida», *Documentación Laboral*, núm. 112, vol. IV, 68-69.
- ROMERO BURILLO, Ana María (2017). «La protección social complementaria como instrumento para la transición hacia la jubilación de los trabajadores maduros», en MORENO GENÉ, Josep y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio (Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Aranzadi Thomson Reuter, 435-491.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (2009). «Política de envejecimiento activo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 79, 126.

LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL EMPLEO DOMÉSTICO: ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN¹

Vocational training in domestic employment: analysis state of the question

CARMEN GRAU PINEDA*

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España

RESUMEN

El sector del empleo doméstico es un observatorio privilegiado que evidencia la vigencia de la división sexual del trabajo clásica que descansa sobre la explotación laboral de las personas trabajadoras del sector y perpetúa la discriminación por razón de sexo en un mercado laboral profundamente segmentado como el español. Y es evidente que, frente a ello, es necesario tanto fomentar la corresponsabilidad intrafamiliar como incentivar la formación y cualificación del colectivo y los servicios que presta, fundamentales, incluíbles en el nuevo contexto social que la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo dibuja en el presente y, como no, en el futuro inmediato. Se está en presencia de un sector emergente, un yacimiento de empleo, un servicio esencial a la comunidad y una actividad cuya demanda seguirá una tendencia creciente ante la falta de provisión pública de cuidados y que, por el bien de todos, es preciso replantear de forma inminente en la siguiente línea: dignificarla y profesionalizarla. Y para ello el papel de la formación y la cualificación profesional es innegable se mire por donde se mire.

Palabras clave: trabajo doméstico, formación profesional, mujeres, cualificación, dignificación.

ABSTRACT

The domestic employment sector is a privileged observatory that evidences the validity of the classic sexual division of labor that rests on the labor exploitation of substitutes or servants and perpetuates discrimination in a deeply segmented labor market. And it is evident that, in the face of this, it is necessary both to promote intra-family co-responsibility and to encourage the training and qualification of the group and the services it provides, fundamental, unavoidable in the new social context that the incorporation of women into the labor market draws in the present and, of course, in the immediate future. We are in the presence of an emerging sector, a source of employment, an essential service to the community and an activity whose demand will continue to grow in the face of the lack of public provision of care and that, for the good of all, it is necessary to rethink imminent form in the following line: dignify and professionalize it. And for this, the role of training and professional qualification is undeniable no matter where you look.

Keywords: domestic work, professional training, women, qualification, dignity.

¹ ORCID: 0000-0003-0274-8875 y ResearchID: N-9223-2014. Este trabajo se encuadra en las actividades del Laboratorio de Derecho Social, línea de estudio Trabajo Doméstico y del Seminario Permanente de Trabajo Doméstico de la UC3M, Proyecto subvencionado en la convocatoria 2019, IMIO, 12/4ACT, ambos dirigidos por la profesora M.^a Gema QUINTERO LIMA. Es éste el resultado avanzado de una investigación que se presentó en formato póster en el III Congreso Mundial CIELO LABORAL « Quel Rôle pour les entreprises, les travailleurs, les organisations représentatives, les citoyens et les États dans le Droit du travail et de la protection sociale du 21ème siècle? », 24-25 septiembre de 2020.

* **Correspondencia a:** Carmen Grau Pineda. Paseo San Antonio, 57, a2 (Las Palmas de Gran Canaria), España – carmen.grau@ulpgc.es – https://orcid.org/0000-0003-0274-8875

Cómo citar: Grau Pineda, Carmen. (2020). «La formación profesional en el empleo doméstico: análisis del estado de la cuestión»; *Lan Harremanak*, 44, 358-378. (https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22195).

Recibido: 26 octubre, 2020; aceptado: 18 noviembre, 2020.

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



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. ¿Existe un derecho laboral a la formación profesional para las personas trabajadoras del sector del empleo doméstico?

En España, hoy por hoy, el empleo doméstico se considera un sustituto de la atención institucional. Y es que en un sector como éste caracterizado por la escasa implicación de las administraciones públicas (frente a otras opciones europeas muchos más institucionalizadas) y la ausencia de una respuesta eficaz por parte del mercado privado, las familias se ven impulsadas a buscar otras alternativas a través de la contratación informal de mujeres, en muchos casos, inmigrantes que, a menor coste y con gran disponibilidad, están dispuestas a realizar trabajos rechazados por las mujeres autóctonas.

De todo ello, puede colegirse que ha sido la presencia de mujeres inmigrantes la que ha terminado por consolidar, por tanto, la «feminización» del sector en ambos lados de la relación laboral. Es decir, «aunque parte de las actividades domésticas se han mercantilizado, continúan siendo «cosas de mujeres» tanto por quién las realiza como por quién las contrata y gestiona su trabajo. El trabajo reproductivo sigue atribuyéndose a las mujeres, sin cuestionar las relaciones patriarcales en la sociedad que apenas cambian en el ámbito privado ante la falta de compromiso e implicación de los varones en él. De poco sirve que la ley garantice la igualdad formal si, diseñadas las políticas públicas en términos de igualdad, su implementación práctica demuestra, con datos empíricos, que las usuarias/beneficiarias de las mismas siguen siendo las mujeres mayoritariamente dado que los varones se sienten al margen de todo lo relacionado con los cuidados y el hogar familiar².

Por todo ello, este sector es un observatorio privilegiado que evidencia la vigencia de la división sexual clásica del trabajo que descansa sobre la explotación laboral de las sustitutas o servidoras y perpetúa la discriminación en un mercado laboral profundamente segmentado (Grau, 2020: 103 y ss.). Y es evidente que, frente a ello, es necesario tanto fomentar la corresponsabilidad intrafamiliar porque la infravaloración del trabajo femenino conduce a su desprofesionalización como incentivar la formación y cualificación del colectivo y los servicios que presta, fundamentales, ineludibles en el nuevo contexto social que la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo dibuja en el presente y, como no, en el futuro inmediato.

² Interesa precisar desde estas primeras líneas que, pese a tratarse de conceptos diferentes, es frecuente que se utilicen de forma complementaria porque, en la práctica, el trabajo doméstico incluye cuidados de personas no dependientes. Mientras que el cuidado de personas dependientes (reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia —SAAD—) se cubre por otras vías en las que no procede entrar en esta aportación.

Se está en presencia de un sector emergente, un yacimiento de empleo, un servicio esencial a la comunidad y una actividad cuya demanda seguirá una tendencia creciente ante la falta de provisión pública de cuidados y que, por el bien de todos, es preciso replantear de forma inminente en la siguiente línea: dignificarla y profesionalizarla. Y para ello el papel de la formación y la cualificación profesional es innegable se mire por donde se mire.

Con carácter previo se ha querido dejar meridianamente clara una premisa que se considera de partida, basilar: el derecho a la formación de todas las personas trabajadoras y la importancia que la formación tiene en todos los sectores productivos y respecto de todas las ocupaciones y perfiles abarca también el empleo doméstico y conviene no olvidarlo y tenerlo muy presente.

El derecho a la formación como derecho laboral básico viene recogido tanto en los arts. 27, 35.1 y 40.2 CE como en el art. 4.2.b ET que garantizan, en general, tanto la educación y la formación profesional como la promoción a través del trabajo. En este ámbito que nos ocupa, el RD 1620/2011 que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (derogando su precedente inmediato, el RD 1424/1985), reconoce a las personas trabajadoras de este sector todos los derechos y deberes establecidos en los arts. 4-5 de la norma estatutaria. Por tanto, resulta meridianamente claro que el art 4.2.b) ET antedicho es de plena aplicación al empleo doméstico, sin especialidad o matización alguna.

Como acertadamente se ha señalado, «el derecho y el deber del trabajador de formarse profesionalmente debe asumirse como elemento esencial de la propia actividad laboral, con la influencia que ello debe tener sobre el régimen jurídico que posteriormente la regulación ordinaria decida otorgar a una u otra concepción de la actividad formativa. No obstante, el acto de formarse es actualmente para el trabajador un derecho y deber que, como ciudadano, le acompaña más que nunca en el marco de la relación laboral. En fin, las circunstancias que en el presente presiden las relaciones laborales españolas, caracterizadas por su elevada tasa de temporalidad y por su tendencia hacia la flexibilidad en todas sus variantes, invitan a robustecer la formación continua del trabajador dependiente y reconocer explícitamente en el marco constitucional la relevancia que ha adquirido la misma» (Requena, 2019: 151).

Y si se hace el ejercicio de extrapolar todo ello al ámbito que nos ocupa, resulta que para que los servicios tanto domésticos como de cuidados intrafamiliares en el domicilio sean eficaces, las trabajadoras del sector también deben mejorar tanto sus competencias genéricas como la garantía de calidad de los servicios prestados en este sector. El papel de la formación en este ámbito ha de ser capaz de identificar, partiendo de la gama de competencias que necesitan las personas trabajadoras, los programas de formación más adecua-

dos y hacer las recomendaciones necesarias para mejorar la formación en el campo.

En el modelo que España ha adoptado, la cualificación profesional puede ser adquirida a través de diferentes itinerarios. En concreto, se reconocen tres vías para obtener cualificaciones profesionales:

- a) La vía formal, superando los módulos formativos de los certificados de profesionalidad o de cualquier enseñanza regulada por el sistema educativo «con significación para el empleo»;
- b) La vía de la experiencia laboral, a través del reconocimiento y la acreditación de la experiencia práctica de la actividad laboral, que puede implicar la exención total o parcial del módulo de Formación en el centro de trabajo, y;
- c) Las vías no formales de adquisición de competencias, mediante el aprendizaje acumulado «a lo largo y ancho de la vida», como por ejemplo cursos, seminarios, prácticas no laborales en empresas, etc.

Lo que promueve el marco normativo español de formación profesional, que se expondrá a continuación, es la clasificación de las cualificaciones profesionales «con arreglo a un catálogo que, organizado por módulos y ajustado a los requerimientos del sistema productivo, facilite la evaluación y acreditación de competencias profesionales, admitiendo que pueda alcanzarse el mismo resultado por otras vías menos estructuradas o formales (...). A partir de tal organización de la formación profesional se pretende promover el seguimiento y conjugación de las ofertas formativas de formación profesional, facilitándose su consecución mediante una articulación modular que permite la «acreditación parcial acumulable» de las cualificaciones adquiridas a través de cualquier vía» (Requena, 2019: 174-175).

En consecuencia, los instrumentos de acreditación y certificación oficial —con validez en todo el territorio nacional— de las cualificaciones y competencias profesionales contenidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP) descansan sobre el siguiente tándem: por un lado, los títulos de formación profesional, que acreditan las enseñanzas de la formación profesional de ciclo largo o reglada, y, por otro lado, los certificados de profesionalidad, procedentes de la formación profesional de ciclo corto, entre la que destaca la formación profesional para el empleo, sin perjuicio de que puedan obtenerse estos certificados por otras vías. Pero veámoslo detenidamente.

2. ¿De qué formación se dispone? Una radiografía de la oferta formativa existente

En el empleo doméstico, es frecuente que muchas personas trabajadoras pese a tener una dilatada experiencia profesional, no dispongan de la acreditación oficial necesaria para optar a determinados puestos de trabajo. Obvio es que cuando una persona dispone de estas competencias profesionales y es capaz de realizar correctamente las tareas propias de su puesto de trabajo, esté cualificada para ejercer su profesión, si bien, es frecuente, como decimos, que no suela contar con un documento oficial que lo reconozca y acredite como tal. Precisamente por ello, y como se verá a continuación, el establecimiento tanto de ciclos formativos de formación profesional inicial como de certificados de profesionalidad como documentos oficiales que acreditan la capacidad para ejercer esta actividad profesional viene a permitir (o ese es su *leitmotiv*) acceder en mejores condiciones a las ofertas de empleo del sector.

Como acertadamente se ha señalado, «la práctica que se adquiere mediante la formación profesional, modifica, moldea y enriquece la profesionalidad del trabajador, elemento de reveladora importancia en la relación de trabajo, puesto que resulta inseparable al carácter personalísimo de esta relación. A diferencia de la situación «tradicional», ahora se quiere cada vez más, «un profesional». En realidad, lo que esto parece indicar, es que la tendencia actual va en la dirección de seleccionar personas más productivas» (Sanz, 2019, 308). Pero en el empleo doméstico y a falta de la concreción de su contenido —¿qué son tareas domésticas y de cuidados?— esto no ocurre, principalmente, como se ha tenido ocasión de adelantar, por su invisibilidad e infravaloración.

Cuesta comprender que siendo un lugar común pensar que disponer de competencias acordes con la demanda requerida de los puestos de trabajo continúa siendo la clave de bóveda en el éxito laboral, esto no sea así en el empleo doméstico, máxime la vertiginosa transformación que está teniendo en las últimas décadas como consecuencia de los cambios sociales anticipados. En los momentos que se viven, resulta paradójico que lo que cuenta cuando se contrata de una persona trabajadora de cualquier sector productivo, parece no contar para una trabajadora doméstica respecto de la que se pretende otorgue satisfacción inmediata a nuestras necesidades familiares sin preocuparnos por su formación/cualificación profesional en ese sentido y confiando en que cuenta con tales competencias por el simple hecho biológico de ser mujer. Por mucho que las actividades específicas a realizar —sean las que fueren a falta de concreción u objetivación— puedan realizarse de modo genérico, es evidente que se requiere de una básica formación/cualificación profesional para ello. Como en todas las ocupaciones, trabajos y actividades, cuanto mayor sea la técnica adquirida, mayor será la competencia y profesionalidad alcanzada en la prestación del servicio.

Increíble tener que recordar esto. Y ello solo puede deberse a lo ya antedicho: la creencia de que el simple hecho biológico de ser mujer capacita de forma automática para la prestación de ciertas tareas como es el caso de las domésticas y de cuidados intrafamiliares.

Todo ello ha provocado que ante sectores (éste y otros) que presentan dificultades concretas de acreditación de competencias profesionales, se haya decidido regular títulos de formación profesional inicial (básicos) y certificados de formación profesional para el empleo (certificados de profesionalidad). Es importante tener en cuenta que tanto la formación profesional inicial como la formación profesional para el empleo son subsistemas de la Formación Profesional que, si bien dependen de ministerios distintos (Ministerio de Educación y de Empleo, respectivamente), están compuestas por cualificaciones profesionales modulares que permiten la convalidación entre ambos subsistemas³.

2.1. La Formación Profesional Inicial específica: el ciclo formativo de formación profesional básica en actividades domésticas y limpieza de edificios

El Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (CNCP), al que se ha hecho mención líneas atrás, es el instrumento del Sistema Nacional de las Cualificaciones y Formación Profesional (SNCFP) que ordena las cualificaciones profesionales susceptibles de reconocimiento y acreditación, identificadas en el sistema productivo en función de las competencias apropiadas para el ejercicio profesional. Comprende las cualificaciones profesionales más significativas del sistema productivo español, organizadas en familias profesionales y niveles. Constituye la base y el referente para elaborar la oferta formativa de los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad. El CNCP incluye el contenido de la formación profesional asociada a cada cualificación, de acuerdo con una estructura de módulos formativos articulados. Y es el Instituto

³ La cualificación profesional describe un conjunto de competencias profesionales con significación en el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación, así como a través de la experiencia laboral (*ex* Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional). Este conjunto de competencias profesionales (conocimientos y capacidades) permite dar respuesta a ocupaciones y puestos de trabajo relevantes, con valor y reconocimiento en el mercado laboral. Se concreta en un documento que recoge de forma estructurada dichas competencias y una vez aprobado, se publica en el BOE en forma de Real Decreto. En ningún caso regula la profesión o actividad profesional, lo que corresponderá a las diferentes Administraciones competentes según el sector o ámbito de desarrollo. La cualificación no se corresponde con un plan de formación, sino que es la referencia, en el sistema integrado de formación profesional que describe la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, para que se elaboren los certificados de profesionalidad y los títulos de formación profesional. Cada cualificación se identifica mediante un código único que incluye la familia profesional a la que se asocia y su nivel [1, 2 o 3]. La competencia general define brevemente los cometidos y funciones esenciales del profesional. El entorno profesional describe el ámbito profesional en el que se desarrolla la actividad especificando el tipo de organizaciones, áreas o servicios; los sectores productivos, las ocupaciones y puestos de trabajo relacionados.

Nacional de las Cualificaciones (INCUAL) el responsable de definir, elaborar y mantener actualizado el CNCP y el correspondiente Catálogo Modular de Formación Profesional.

Dicho esto, siendo la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional el referente normativo de partida, como normativa de desarrollo en la materia es de destacar el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, por ser el encargado de regular dicho catálogo, si bien ha sido después modificado en varias ocasiones: el Real Decreto 1416/2005, de 25 de noviembre, incorporó modificaciones puntuales; el Real Decreto 817/2014, de 26 de septiembre, vino a incorporar aspectos puntuales de las cualificaciones profesionales para cuya modificación, procedimiento de aprobación y efectos es de aplicación el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 5/2002 antedicha; y varios Reales Decretos son los encargados de aprobar las diferentes cualificaciones profesionales. En suma, un sistema normativo prolijo y complejo en el que, en lo que a nuestro interés va referido, destaca el Real Decreto 1179/2008, de 11 de julio, por el que se complementa el CNCP, mediante el establecimiento de diecisiete cualificaciones profesionales de nivel 1, correspondientes a determinadas familias profesionales (anexo CDXIII), entre las que se encuentra la familia profesional de servicios socioculturales dentro de la que se ubica el trabajo doméstico y de cuidados. Este último, ha sido, a su vez, modificado por obra del Real Decreto 721/2011, de 20 de mayo, se establecen cuatro certificados de profesionalidad de la familia profesional servicios socioculturales y a la comunidad que se incluyen en el repertorio nacional de certificados de profesionalidad y se actualizan otros, entre ellos el de empleo doméstico.

La actualización de los currículos formativos de la formación profesional básica⁴ (en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación) ha sido una constante para ir adaptándolos a las necesidades que de ellos se demandan, pero también la actualización de los certificados de profesionalidad de la formación profesional para el empleo. Las modificaciones/adaptaciones de ambos subsistemas han ido a la par, como no podía ser de otro modo, si bien las diferencias entre ambos son ostensibles en virtud de sus distintas filosofías formativas.

En cuanto a los primeros, esto es, los ciclos formativos de la formación profesional básica, el RD 774/2015, de 28 de agosto, estableció seis títulos entre los que se incluyó «Título profesional básico en actividades domésticas y limpieza de edificios» y cuyo currículo sería desarrollado por la Orden ECD/648/2016 que lo configura de la siguiente forma:

⁴ Teniendo en cuenta el cambios introducido en la FP a través de la LOMCE (LO 8/2013, 9 de octubre, para la mejora de la calidad educativa), el RD 1147/2011 es el encargado de adaptarse a la nueva ordenación en esta área dando paso a la FP Básica tal y como hoy la conocemos.

Cuadro 1

Orden ECD/648/2016, de 26 de abril, por la que se establece el currículo de seis ciclos formativos de formación profesional básica en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en BOE de 3 de mayo, pp. 29750-29751

Ciclo formativo de formación profesional básica en actividades domésticas y limpieza de edificios

Módulos	Duración (horas)	Primer curso (h/s)	Segundo curso	
			(h/s)	Horas
3098. Mantenimiento de prendas de vestir y ropa de hogar.	275	7		
3102. Cocina doméstica.	275	7		
3145. Actividades de apoyo a personas no dependientes en la unidad convivencial.	130	4		
3009. Ciencias aplicadas I.	160	5		
3011. Comunicación y sociedad I.	160	5		
Tutoría.		2		
3104. Limpieza de domicilios particulares, edificios, oficinas y locales.	200		8	
3116. Limpieza con máquinas.	80		3	
3146. Seguridad en el ámbito doméstico.	130		4	
3042. Ciencias aplicadas II.	160		6	
3012. Comunicación y sociedad II.	190		7	
Tutoría.			2	
3147. Formación en centros de trabajo.	240			240
Total en el ciclo formativo	2000	30	30	240

Se trata, por tanto, de un ciclo formativo de formación profesional básica o inicial que se presenta con una duración extensa (2.000 horas repartidas en dos cursos académicos) y con un vasto contenido (desde mantenimiento de ropa, cocina doméstica o cuidado de no dependientes pasando por ciencias aplicadas, comunicación y sociedad, seguridad en el ámbito doméstico o limpieza de máquinas). Un título que hace una oferta, interesante y completa que poco tiene que ver con los módulos formativos dentro de la formación profesional para el empleo que se centran en los contenidos más básicos de esta relación laboral pero que, obviamente, van dirigidos a colectivos distintos y con objetivos claramente diferentes: en general, el primero a jóvenes que optan por la formación profesional básica en lugar de la educación secundaria obligatoria; mientras el segundo a jóvenes y no tan jóvenes que, ante la falta de otras alternativas pueden decantarse por esta suerte de formación profesional para el empleo/acreditación de la experiencia laboral, como se verá a continuación.

Y entre los variados y diversos contenidos de aprendizaje se encuentran desde limpiar, higienizar y desinfectar aseos, cocinas y estancias en domicilios particulares y edificios, organizar las actividades domésticas relacionadas con la alimentación en domicilios particulares o lavar, planchar, ordenar y coser la ropa del hogar y las prendas de vestir; pasando por otras como resolver problemas predecibles relacionados con su entorno físico, social personal y productivo, actuar de forma saludable en distintos contenidos cotidianos que favorecen el desarrollo personal y social o valorar las actuaciones encaminadas a la conservación del medio ambiente; y terminando por algunas referidas a cumplir las normas de calidad, las medidas de prevención de riesgos laborales ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones derivadas de su actividad profesional.

Superado el ciclo formativo de formación profesional básica referido se podrá obtener el certificado de profesionalidad en actividades domésticas y limpieza de edificios y que capacita para trabajar como:

- Limpiador doméstico / limpiadora doméstica.
- Cocinero doméstico / cocinera doméstica.
- Planchador doméstico / planchadora doméstica.
- Empleada / empleado de hogar.
- Limpiador / limpiadora.
- Peón especialista de limpieza.
- Especialista de limpieza.
- Limpiador / limpiadora de cristales.

El objetivo, por tanto, no es otro que formar profesionales que puedan ejercer su actividad por cuenta ajena tanto en domicilios particulares como en empresas públicas o privadas de cualquier tamaño. Además, podrán desarrollar su actividad profesional en el sector de la limpieza e higienización de toda clase de edificios, locales, centros o instituciones sanitarias y de salud, públicos o privados, industrias, elementos de transporte (terrestre, aéreo, marítimo), máquinas, espacios e instalaciones, soportes publicitarios y mobiliario urbano. Así como desempeñar sus funciones siguiendo instrucciones recibidas y bajo la supervisión directa de un responsable, pudiendo trabajar de forma autónoma o integrarse en un equipo de trabajo.

Y, además, permite el acceso, si fuera el caso, a título de formación profesional de grado medio, con preferencia en la admisión a todos los títulos de grado medio de las familias profesionales de Textil, Confección y Piel, Hostelería y Turismo y Servicios Socioculturales y a la Comunidad. Concretamente, una extensión formativa de continuidad bien pudiera ser la de Técnico en Atención a Personas en situación de dependencia destinado a capacitar a profesionales que ejerzan su actividad en el sector de servicios a las personas: asistenciales, psicosociales y de apoyo a la gestión doméstica y que certifica poder trabajar como:

- Cuidador / cuidadora de personas en situación de dependencia en diferentes instituciones y / o domicilios.
- Gobernante / gobernanta y subgobernante / subgobernanta de personas en situación de dependencia en instituciones.
- Auxiliar responsable de planta de residencias de mayores y personas con discapacidad.
- Auxiliar de ayuda a domicilio.
- Asistente de atención domiciliaria.
- Trabajador / trabajadora familiar.
- Auxiliar de educación especial.
- Asistente personal.
- Teleoperador / teleoperadora de teleasistencia.

Sea como fuere, quiere adelantarse el escaso éxito de esta oferta formativa. Hoy por hoy solo se oferta en 18 centros, frente a los casi 450 que ofertan algunos de los ciclos de grado medio antedichos. Centros educativos y localidades que en la mayoría de las ocasiones nos sugieren zonas deprimidas, clase social baja y altas tasas de fracaso escolar, desempleo juvenil y de larga duración, con lo que resulta que la formación impartida también parece tener un cierto sesgo de clase social⁵.

2.2. La Formación Profesional para el empleo específica: el certificado de profesional para el empleo doméstico

La formación para el empleo es considerada un instrumento clave para reforzar la productividad y competitividad de las empresas españolas así como para acreditar la empleabilidad de las personas trabajadoras.

El desarrollo del derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo reconocido en los arts. 4.2.b) y 23 ET⁶ necesita ser concretado y, para ello, se remite prioritariamente a la negociación colectiva y, subsidiariamente, al acuerdo individual. Y, en este sentido, se ha señalado cómo «es, precisamente, en este ámbito (negociación colectiva) donde debiese producirse un ajuste más preciso e inmediato de la oferta y la demanda de competencias profesionales a partir de una detección adecuada de las necesidades formativas de las plantillas, de la planificación de la formación, y de la utili-

⁵ [https://www.educacion.gob.es/centros/buscar.do?shortcut=1&codaut=00&codprov=00&sse_l_natur=0&comboniv=141&combofam=120123&textofamilia=SERVICIOS%20SOCIOCULTURALES%20Y%20LA%20LA%20COMUNIDAD%20\(LOE\)&comboens=12312301&textoensenanza=Actividades%20Dom%e9sticas%20y%20Limpieza%20de%20Edificios](https://www.educacion.gob.es/centros/buscar.do?shortcut=1&codaut=00&codprov=00&sse_l_natur=0&comboniv=141&combofam=120123&textofamilia=SERVICIOS%20SOCIOCULTURALES%20Y%20LA%20LA%20COMUNIDAD%20(LOE)&comboens=12312301&textoensenanza=Actividades%20Dom%e9sticas%20y%20Limpieza%20de%20Edificios)

⁶ Dentro de este subsistema de formación profesional, interesa diferenciar que hay una formación profesional obligatoria (*ex lege* y en supuestos como los relacionados con la prevención de riesgos laborales o las necesidades concretas de la empresa como la adaptación) y otra voluntaria a la que se dedica en exclusiva el art. 23 ET encargado de la formación programada dentro de la empresa.

zación y gestión de los recursos disponibles en el sistema» (Nieto, 2018: 4). Dicho lo cual, en este sector en el que ni existe convenio colectivo ni se lo espera por lo que se dirá más adelante, todo ello no hace sino poner en evidencia la gravedad de las dificultades formativas. Hay quienes se aventuran a hablar de «brecha de representación» (Gómez, 2020) en este sector en el que la escasa sindicación y la nula negociación colectiva en un país con elevada cobertura convencional están dificultando alcanzar los estándares de empleo decente que las instituciones mundiales han establecido como básicos y esenciales (Salcedo, 2020: 2).

El sistema de Formación Profesional para el empleo ha venido a desarrollarse por obra, primero, de la Ley 30/2015 y, después, del Real Decreto 694/2017. La referida Ley 30/2015 acomete una reforma integral del sistema de formación profesional para el empleo (en la línea predeterminada tanto por la Ley de Empleo 26/2003 como por el acuerdo sobre la Formación Profesional para el empleo de 2014 y el RDL 3/2011 en un intento por mejorar la empleabilidad de la clase trabajadora y conseguir que la Formación Profesional para el empleo (en adelante, FP) contribuya a superar los déficits formativos siempre denunciados y nunca removidos con éxito. Esta reforma integral se estructura en cuatro objetivos estratégicos: 1. La garantía del ejercicio del derecho a la formación de trabajadores, empleados y desempleados, en particular, de los más vulnerables; 2. La contribución efectiva de la formación a la competitividad de las empresas; 3. El fortalecimiento de la negociación colectiva en la adecuación de la oferta formativa a los requerimientos del sistema productivo, así como la eficiencia y transparencia en la gestión de los recursos públicos; y 4. Consolidar en el sistema productivo una cultura de formación profesional y favorecer con ello la creación de empleo estable y de calidad.

En desarrollo de la anterior norma legal, es, primero, el RD 34/2008 (18 de enero) el encargado de regular, en general, los certificados de profesionalidad y, después, el RD 1179/2008 (11 de julio) por el que se complementa el CNCP, mediante el establecimiento de diecisiete cualificaciones profesionales de nivel 1, correspondientes a determinadas familias profesionales, entre ellas la de servicios socioculturales en que se encuadra el empleo doméstico, el encargado de formular un sistema modular de 240 horas de duración —que es el que mejor se adecua a los intereses personales y laborales de los interesadas y permite diseñar su itinerario formativo tanto de forma presencial como a distancia en función de sus concretas necesidades— que incluye tres módulos formativos sobre acondicionamiento de camas y ropa, limpieza y cocina doméstica que, básicamente, capacitan o cualifican para dedicarse profesionalmente a la ocupación de limpiador/a, cocinero/a y planchador/a domésticos/as y, en definitiva, empleado/a de hogar (que aglutina todas las anteriores).

Por tanto, España, como otros países de nuestro entorno comparado más cercano como es el caso de Francia⁷, ha considerado oportuno implementar un modelo que se sustenta sobre la base de la obtención de un título formativo básico/certificado de profesionalidad, según los casos, que aglutina los conocimientos, competencias⁸ y cualificaciones⁹ profesionales necesarias para realizar correctamente las tareas propias de esta actividad laboral. Por todos es sabido la importancia de las certificaciones oficiales en la era de la meritocracia que se vive y, precisamente por ello, se trata de un documento oficial otorgado por los servicios públicos de empleo autonómicos o estatal y que tiene validez en todo el territorio nacional.

En este segundo supuesto, el certificado de profesionalidad para el empleo doméstico comprende las acciones formativas dirigidas a la adquisición y mejora de las competencias y cualificaciones profesionales, tiene carácter modular con el fin de favorecer la acreditación parcial acumulable de la formación recibida y posibilitar al trabajador que avance en su itinerario de formación profesional para el empleo cualquiera que sea su situación laboral en cada momento y acredita una cualificación profesional del CNCP.

Solo repárese en que nada hay de cuidados, como sí se prevé en el ciclo formativo de la formación profesional inicial anteriormente analizado aunque sea a nivel muy básico, dado que esa formación tiene prevista impartirse en otro certificado de profesionalidad, este de nivel 2 sobre atención sociosanitaria de personas en el domicilio (RD 295/2004) cuyos contenidos pueden verse en el siguiente cuadro, pero que no hacen sino evidenciar como se mantiene el empeño por separar tareas y cuidados intrafamiliares (excluyendo la atención especializada a las personas dependientes) como si ello fuera posible en la mayoría de los casos y reclamando con urgencia la objetivación del contenido que le es propio al empleo doméstico. Mientras no se acometa esa labor de determinación mate-

⁷ El país gallo cuenta con 3 certificados profesionales, compuestos por 4 bloques comunes y 4 bloques específicos, certificables, todos ellos, separadamente y accesibles a través de la formación o de la validación de la experiencia profesional (casi 600 horas); más de 70 módulos de formación continua (entre 14 y 40 horas de duración) y un acompañamiento específico para la validación de la experiencia profesional que incluyen las tareas y los cuidados familiares (empleo doméstico, asistente de niños y asistente de dependientes). Más detalles en <https://www.francecompetences.fr/>

⁸ Es el conjunto de conocimientos, capacidades, habilidades y otros comportamientos que permiten ejercer de forma adecuada las tareas que se tienen que realizar en una determinada profesión. Las competencias indican la forma de comportarse o actuar en determinadas situaciones y están formadas por los conocimientos, las aptitudes y las actitudes y las capacidades.

⁹ Es un conjunto de competencias profesionales importantes para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación, o a través de la experiencia laboral. Acreditar las competencias profesionales contribuye al desarrollo personal y profesional, ya que permite: Obtener un documento oficial válido en todo el territorio español, que permite demostrar a una persona sus competencias profesionales; valorar la experiencia profesional; contar con más posibilidades para acceder a un empleo; y completar y mejorar la formación para aumentar las competencias profesionales.

rial, será difícil que la formativa no solo acierte sino sea apetecible e interesante a las personas trabajadoras del sector que quieran formarse por atender a las necesidades que se les requieren. Este segundo certificado, el de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, es más conocido y popular que el primero -el de empleo doméstico, prácticamente desconocido y difícil de conseguir-, se requiere para trabajar en empresas que ofrecen este servicio bajo cobertura pública o institucional y que, precisamente por ello, es considerado socialmente como «un verdadero trabajo», «una verdadera profesión».

Cuadro 2

Real Decreto 721/2011, de 20 de mayo, por el que se establecen cuatro certificados de profesionalidad de la familia profesional Servicios socioculturales y a la comunidad que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad y se actualizan los certificados de profesionalidad establecidos como anexo I y II en el Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto, en BOE de 23 de junio, pp. 66305-66306

CUALIFICACIÓN PROFESIONAL	
EMPLEO DOMÉSTICO	
FAMILIA PROFESIONAL SERVICIOS SOCIOCULTURALES Y A LA COMUNIDAD	
NIVEL	1
CÓDIGO	SSC413_1
VERSION	5
SITUACIÓN	RD 1179/2008
COMPETENCIA GENERAL	
Realizar las tareas de limpieza de superficies y mobiliario de la vivienda, de elaboración de alimentos, de lavado y planchado, cosido básico manual y preparado de camas, seleccionando y empleando las técnicas, útiles, productos y electrodomésticos para garantizar la higienización del domicilio y permitir la disponibilidad de uso de las camas, la ropa de hogar, las prendas de vestir y el consumo de alimentos, cumpliendo con la normativa de prevención de riesgos laborales.	
UNIDADES DE COMPETENCIA	
UC1332_1: Efectuar el proceso de lavado, planchado y cosido básico manual de prendas de vestir y ropa de hogar, y la preparación de camas, en domicilio particular.	
UC1330_1: Realizar la limpieza de domicilios particulares, en domicilio particular.	
UC1331_1: Realizar el proceso de elaboración de alimentos en sus fases de compra, organización, manipulación, cocinado y conservación, en domicilio particular.	
ENTORNO PROFESIONAL	
Ámbito Profesional	
Desarrolla su actividad profesional tanto por cuenta propia como ajena en el ámbito público y privado. Así mismo, la persona profesional está capacitada para realizar la limpieza y preparación de domicilios particulares.	
Sectores Productivos	
Se ubica en el sector doméstico en las siguientes actividades productivas: limpieza y mantenimiento del domicilio, lavado, planchado, cosido básico manual de prendas de vestir y ropa de hogar, preparación de camas y compra y elaboración básica de alimentos.	
Ocupaciones y puestos de trabajo relevantes	
<ul style="list-style-type: none"> • Limpiador/a doméstico/a. Cocinero/a doméstico/a Planchador/a doméstico/a Empleado/a de hogar. 	
FORMACIÓN ASOCIADA (240 HORAS)	
Módulos Formativos	
MF1332_1: Acondicionamiento de camas, prendas de vestir y ropa de hogar.(90 h)	
MF1330_1: Limpieza doméstica.(60 h)	
MF1331_1: Cocina doméstica.(90 h)	

Al margen del supuesto concreto de acceso al ciclo formativo antes analizado de la formación profesional básica, lo más habitual en la *praxis*, es que las personas trabajadoras en este sector se decanten (por razón de la edad, las dificultades de compatibilidad trabajo/estudios, etc.) bien por alcanzar este certificado profesional vía la realización de cursos de FP para el empleo ofertados por los servicios públicos de empleo estatal o autonómicos; bien por acceder al mismo vía la acreditación de la experiencia laboral o la formación no reglada que se tenga y, para ello, es preciso iniciar un procedimiento de reconocimiento, evaluación y acreditación de las competencias profesionales¹⁰. En estos casos, y dado que no haremos ninguna referencia posterior, quiere apuntarse que podrá obtenerse el certificado de profesionalidad vía el procedimiento de reconocimiento, evaluación y acreditación de las competencias profesionales que es convocado por las administraciones públicas competentes en función de las necesidades del mercado laboral y consiste en realizar las comprobaciones necesarias para determinar si una persona tiene las competencias necesarias para ejercer una determinada profesión. Para ello, se le pide a la persona que demuestre lo que sabe hacer, cómo realiza las tareas propias de un puesto de trabajo. Una vez superadas estas comprobaciones se puede obtener una acreditación oficial con validez en todo el territorio nacional.

Dicho esto, solo consta que se hayan hecho dos convocatorias entre los años 2018-2019 en la Comunidad Foral de Navarra, frente a las frecuentes convocatorias formuladas en todo el territorio nacional respecto de otras especialidades de la misma familia profesional (atención sociosanitaria a personas en el domicilio o atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales)¹¹. Lo que da mucho que pensar en la línea señalada tanto de falta de visibilización como de profesionalización de este sector.

¹⁰ En este supuesto, hay tres tipos de requisitos (ex RD 1224/2009, de 17 de julio): edad, experiencia laboral y formación: tener 18 años cumplidos al realizar la inscripción si es para unidades de competencia de una cualificación profesional de nivel I o 20 años cumplidos al realizar la inscripción si es para unidades de competencia de cualificaciones profesionales de nivel II y III; contar con experiencia laboral adquirida en los últimos 10 años relacionada con las competencias que el candidato quiera acreditar de 2 años (1200 horas mínimas trabajadas) para cualificaciones de nivel I o de 3 años (2000 horas mínimas trabajadas) para cualificaciones de nivel II y III; y, por último, tener formación, realizada en los últimos 10 años también, relacionada con las competencias que el candidato quiera acreditar y, concretamente, 200 horas para cualificaciones de nivel I o 300 horas para cualificaciones de nivel II y III.

¹¹ <https://sede.sepe.gob.es/recex/RXBuscadorConvocatoriaWebRED/busquedaConvocatorias.do>

3. ¿Por qué no se demuestra eficaz este sistema y quién es responsable de ello?: la importancia fundamental del asociacionismo y sindicación de las trabajadoras del sector

Llegados a este punto y siendo una obviedad reconocer la mejora de las condiciones de trabajo de este sector que han contribuido a visibilizarlo, también es innegable que los problemas que persisten en materia de representación y negociación de este colectivo tienen por consecuencia que se haya conseguido mucho menos de lo deseado.

En otros sectores poco organizados como éste, el papel desempeñado por la ley ha sido fundamental tanto para reducir la desigual capacidad de negociación de trabajadores y empleados como para proteger a las personas trabajadoras. En España, siendo innegable las positivas consecuencias derivadas de las reformas de 2011, los datos acumulados desde 2015 demuestran que, si en un primer momento aumentaron las afiliaciones, con posterioridad descendió el número de ocupadas, sin haber sido posible alcanzar las optimistas cifras de «afloramiento» previstas en aquellos momentos, sobre todo, por el incremento de los costes que la afiliación supone para los empleadores (las familias). Que ha habido aumento cuantitativo en el sector, lo avalan las cifras más recientes; pero no ha sido la esperada, ni mucho menos, máxime conociendo las cifras de trabajo informal existentes y que rondan el 70% (EFSI, 2018: 22), informalidad que no es sino el síntoma de las limitaciones que existen respecto del marco legal vigente.

Siendo cierto y verdad que la aprobación de estas normas supuso en España un paso considerable en el afianzamiento de los derechos laborales de las personas trabajadoras de este sector, es fundamental tanto reducir las trabas administrativas que supone para familias y empleadas la oficialización de sus relaciones laborales como incentivar económicamente la suscripción de estas. Por tanto, remoción de trabas administrativas y acciones de estímulo económico público como ejes fundamentales del tránsito de la informalidad a la formalidad del sector. Pero, además, es crucial mantener su presencia en la agenda política para evitar posibles estancamientos y enfrentar los desafíos que aún quedan pendientes como la ratificación del Convenio 189 OIT. Y para ello resulta perentorio, además, dotarlas de mayor protección colectiva. Afortunadamente, desde hace un tiempo se vienen formando asociaciones de trabajadoras domésticas a fin de canalizar sus demandas y denuncias, y los sindicatos también les han dado cobertura, integrándolos en su estructura y promoviendo acciones para su promoción y apoyo. Es más, se dice que la no ratificación del Convenio 189 OIT está en el origen del movimiento asociativo reivindicativo. En otras palabras, la no ratificación del Convenio 189 OIT, asignatura pendiente para España y flagrante incumplimiento de sus compromisos internacionales, está funcionando, *de facto*, como el elemento actual de unidad fundamental del movimiento de

defensa de los derechos de las trabajadoras domésticas que han centrado sus reivindicaciones en la necesidad de incorporar la protección por desempleo, pero también en la necesidad de fomentar, desde las instituciones públicas, el asociacionismo y sindicación de las trabajadoras domésticas o de promover organizaciones de empleadores e intermediarios con los que poder negociar sus condiciones laborales (Grau, 2019: 82 y ss.).

3.1. Problemas de representación sindical y/o empresarial

A nivel europeo, sólo en unos cuantos países, como Francia e Italia, existen federaciones de empleadores de trabajadores domésticos que permiten llevar a cabo negociaciones colectivas.

- a) En Italia tres sindicatos negociaron un primer acuerdo colectivo con la Federación Nacional del Clero Italiano y dos asociaciones patronales/de empleadores en 1974. Durante las siguientes cuatro décadas los empleadores se organizaron para establecer sus propias organizaciones de representación: la *Associazione Nazionale Famiglie Datori di Lavoro Domestico* (DOMINA) y la *Federazione Italiana Datori di Lavoro Domestico* (FIDALDO). La FIDALDO firmó el correspondiente acuerdo en 1996 y la DOMINA lo hizo en 2001. El acuerdo vigente en la actualidad fue firmado en 2013 e incluye tasas de salarios, períodos de descanso, vacaciones pagadas, subsidio de enfermedad e indemnización por despido. El acuerdo carece de aplicación universal, ya que obliga únicamente a los empleadores miembros de la DOMINA o la FIDALDO, o a aquellos que firmaron contratos que remitieran explícita o implícitamente a los acuerdos de negociación. Cuando los trabajadores no cubiertos formalmente por estos contratos acuden a los tribunales, las disposiciones sobre salarios y seguridad social son las normas en que se basan los jueces para dictar sentencia. A pesar de las limitaciones mencionadas, en el sector del trabajo doméstico la situación ha mejorado significativamente en los últimos quince años y ha aumentado considerablemente el número de trabajadores que ha firmado contratos tipo.
- b) En Francia, las relaciones triangulares han dado lugar a una serie de acuerdos colectivos con diferentes organizaciones de empleadores, que actuaban en representación de los cabeza de familia empleadores o de intermediarios y organismos (públicos o privados). El primero de estos acuerdos fue firmado en 1999 por las siguientes confederaciones sindicales: *Fédération des particuliers employeurs de France* (FEPPEM), *Confédération française démocratique du travail* (CFDT), *Confédération Générale du Travail* (CGT), *Confédération française des travailleurs chrétiens* (CFTC) y *Force Ouvrière* (FO), y beneficiaba únicamente a trabajadores remunerados por particulares y empleados por los diferentes hogares. Se firmaron dos acuerdos más:

uno en 2012, que firmaron seis sindicatos y dos organizaciones de empleadores, y beneficiaba a trabajadores domésticos colocados en viviendas de particulares por intermediarios sin fines lucrativos; y el segundo, firmado en 2014 por tres sindicatos y dos organizaciones de empleadores en representación de empresas privadas, que beneficiaba a trabajadores domésticos empleados por empresas privadas. Considerados conjuntamente, estos acuerdos abarcan la mayor parte del sector del trabajo doméstico que está cuantificado en 3.4 millones de empleadores particulares y 1.4 millones de trabajadores que generan 8.7 millones de euros en salarios pagados y 1.6 millones de horas declaradas (FEPEM, 2020: 6-7).

No cabe la menor duda que tanto la descentralización como el aislamiento en el que prestan sus servicios de las trabajadoras domésticas y el hecho de que, normalmente, no tengan compañeros y compañeras de trabajo, constituyen serias dificultades al ejercicio de sus derechos colectivos de asociación, representación y negociación colectiva. Ciertamente es que el ordenamiento jurídico español no lo prohíbe, pero sí que las «dificultades para su ejercicio, no han sido resueltas por la norma reglamentaria con una adaptación a las condiciones de los trabajadores de este sector» (Sanz, 2019a: 19). Y precisamente por ello es necesario aumentar la implicación política en este sentido de cara a lograr un mayor peso colectivo que les dé más fuerza, alentando derechos cruciales como el de la negociación colectiva con una incidencia directa en otros como el de formación. Y es que, por seguir en el modelo francés, dentro del sector existen 2 ramos profesionales con sendos acuerdos colectivos, fruto de un diálogo social muy positivo para ambas partes: trabajadores de empleadores particulares que regula tres perfiles profesionales —empleados domésticos, asistentes de dependientes y de niños¹²— y asistentes infantiles de empleadores particulares con un único perfil profesional, esto es, el de asistentes infantiles que cuidan niños en sus domicilios y no en el de los niños, previa autorización de la administración competente y sujeta a un máximo de niños, un mínimo de espacio, medidas de seguridad, etc.¹³.

Se considera que, sin desmerecer otro tipo de organizaciones, son los sindicatos «los sujetos colectivos que deberían asumir prioritariamente esta importante función, por ser estructuras ya existentes, por la relevancia que se les reconoce, por las funciones que están llamados a desarrollar y por tener capacidad de unificar las reivindicaciones de los trabajadores del sector, y por tanto, de actuar

¹² Convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999, disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/conv_coll/id/KALITEXT000005672603?tab_selection=all&searchField=ALL&query=Convention+collective+nationale+des+salariés+du+particulier+employeur&page=1&init=true

¹³ Convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1er juillet 2004. Etendue par arrêté du 17 décembre 2004 JORF 28 décembre 2004, disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/conv_coll/id/KALICONT000005635807/

con mayor fuerza colectiva» (Miñarro, 2014: 87). Pero, donde no los haya, también cabe que se organicen a través de cooperativas o asociaciones. Y en nuestro país, ambas posibilidades (sindicación¹⁴ y asociacionismo¹⁵) son factibles con los mimbres actuales y el marco jurídico establecido que equipara (por lo menos a nivel laboral) este colectivo al resto de trabajadores por cuenta ajena¹⁶. Y es que para que la negociación colectiva sea un hecho, las leyes y políticas deben contemplar la posibilidad de proceder a negociaciones colectivas sectoriales en las que queden representados las trabajadoras domésticas y las organizaciones de sus empleadores (OIT, 2016). Cuando ha habido voluntad política para solucionar problemas operativos como los apuntados, se han encontrado soluciones. Según algunos ejemplos aportados por la OIT, las organizaciones de amas de casa pre-existentes se han reconocido cada vez más como empleadoras a la hora de negociar en países como Alemania y Uruguay.

3.2. Problemas derivados de la prioridad de otros aspectos diferentes a los formativos que se consideran preferentes: prevención de riesgos laborales y protección por desempleo

En la actualidad, es innegable la existencia en nuestro país una relativa preocupación sindical por este colectivo si bien la formación no está entre los aspectos fundamentales que marcan la acción sindical. De forma absolutamente lógica, entre las reivindicaciones sindicales enmarcables en este sector se encuentra la ratificación del convenio n.º 189 OIT, la urgente integración de este colectivo en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) y equiparación definitiva en materia tanto laboral como de seguridad social con la ampliación de la protección social hacia el desempleo como se ha puesto de manifiesto durante la pandemia del COVID-19.

Y es que, como se ha señalado, «en el plano de las resistencias, más costosas de superar por lo que suponen de oposición o protesta frente al cambio que suponen, es posible encontrar dos principales: la referida a la exclusión del trabajo doméstico de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos La-

¹⁴ Pese a tratarse de un movimiento incipientes son ya dos los sindicatos específicos Sindicato de Trabajadoras del Hogar y los Cuidados (SINTRAHOCU, 2020) y SINDIHOGAR (2011), lo que pone de manifiesto las sinergias e inquietudes existentes a respecto.

¹⁵ También hay algunos referentes de ámbitos más limitados pero que están en la génesis del movimiento sindical antedicho: asociación de trabajadoras/es del hogar de Sevilla, asociación de trabajadoras del hogar de Bilbao (ATH-ELE), asociación Servicio doméstico activo (SEDOAC, 2005) que cuenta con un centro de atención integral y una red de apoyo al colectivo d dimensión nacional, entre otras.

¹⁶ Téngase en cuenta que el Convenio OIT n.º 163 sobre negociación colectiva (1981) garantiza que las partes en la negociación colectiva deberían estar en condiciones de elegir los niveles más apropiados de negociación colectiva y, en caso de ser necesario, se deberían adoptar las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que ésta pueda desarrollarse en cualquier nivel y especialmente, a nivel «del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional (art. 4.1)

borales y de la protección por desempleo. Sendas exclusiones representan una merma de considerable repercusión en el marco protector del trabajo doméstico y se encuentran en el epicentro de todos los problemas de ratificación» (Grau, 2019: 79 y ss.).

Dicho lo cual, no está tan presente como debiera entre las preocupaciones sindicales la formación como elemento de dignificación, de valoración decisiva en este sector productivo y respecto del colectivo concreto que estamos tratando. Se considera un hecho de menor importancia frente a otras preocupaciones sindicales de mayor calado que por ir referidas a las idiosincrásicas condiciones de trabajo tienen un mayor protagonismo o repercusión. La formación en España, históricamente, ha ido a la zaga en casi todos los sectores productivos, incluso en aquellos en los que la formación va ligada a la prevención de riesgos laborales y, por tanto, a la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Lo que no quiere decir que esté absolutamente ausente en la acción sindical, sería injusto ser tan tajante, pero se echa en falta una línea concreta referida a la formación y cualificación.

Repárese en lo llamativo de ejemplos como el francés donde desde la primera hora trabajada en el sector del empleo doméstico se tiene derecho a 58 horas de formación anuales gratuitas (financiadas con cargo al plan de desarrollo de competencias¹⁷) y el amplísimo elenco de incentivos fiscales a las familias por la contratación de este personal (hasta el 50% del gasto anual en servicio doméstico de las familias con el tope máximo de 7.500 euros/año). La experiencia francesa respecto de la lucha contra la informalidad a través de contratos tipo y «cheques de empleo y servicios»¹⁸ o «*cesu*»¹⁹ (Quintero, 2020:61 y ss.) es una buena práctica que comienza a ensayarse en otros países europeos (Italia con el *libretto famiglia*²⁰) y que podría ser interesante implementar en España. El razonamiento es lógico: si las empresas/los empresarios cuentan con una serie de gastos deducibles que les permite llevar a cabo ciertas desgravaciones fiscales (con ciertos toques y límites) en sus impuestos, por qué no las familias que actúan como empleadores en estos casos?. Repárese en el hecho de que en nuestro país

¹⁷ A partir del 1 de enero de 2019, el plan de desarrollo de competencias del Ministerio de Trabajo, Empleo e Inserción francés (plan de développement des compétences) reemplaza a su predecesor inmediato el plan de capacitación. Este plan permite a los empleados seguir acciones formativas por iniciativa de su empleador, frente a formaciones que pueden seguir por iniciativa propia a través de su cuenta de formación personal. El empresario tiene dos obligaciones en materia de formación profesional: adaptación al puesto de trabajo y retención de empleados; también puede proponer acciones que contribuyan al desarrollo de competencias (artículo L 6321-1 del código de trabajo francés). Más detalles en <https://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/entreprise-et-formation/article/plan-de-developpement-des-competences>

¹⁸ Que simplifica las formalidades administrativas para los particulares hasta el punto de que no es necesario que se registren en el organismo recaudador de los cuotas a la Seguridad Social ni emitir nóminas, entre otros.

¹⁹ <https://www.cesu.urssaf.fr/info/accueil.html>

²⁰ Más información en <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=51098>.

esto resulte hoy por hoy impensable bajo el pertinaz argumento de la sospecha de fraude que estas relaciones laborales suscitan (contratación entre familiares y retribución del trabajo doméstico ejercido por «amas de casa»).

Esto es contradictorio, choca cuando tomamos conciencia de los beneficios que la formación incorpora, de forma casi automática, a la prestación de servicios o actividades. Y es que aumentan las oportunidades, mejoran las condiciones laborales, incrementan la satisfacción personal de las personas trabajadoras por lo que suponen de superación profesional. Ciertamente es que lo que la realidad arroja es un gran número de dificultades que se traducen tanto en lo referido a la oferta formativa como a la demanda. Por el lado de la oferta, es urgente que sindicatos, asociaciones y cooperativas tanto por el lado de las personas trabajadoras como de los empleadores se impliquen en la mejora de la formación, si bien son constantes las quejas respecto de dificultades como las referidas a la difícil compatibilidad horaria de la oferta formativa con el trabajo doméstico, así como el desconocimiento de las familias empleadoras de los derechos de sus trabajadoras en este sentido. Por el lado de la demanda, el colectivo de trabajadoras domésticas, en sentido lato, necesita que la información le llegue a través de los agentes antedichos por tratarse de un colectivo que, como se ha adelantado, está aislado. Pero también, es preciso formular una oferta formativa en términos lo suficientemente atractivos para que decidan, desde su libertad individual, invertir tiempo en ello. Y esto, normalmente, lo hacen para salir del círculo vicioso del empleo doméstico —sector refugio ante contingencias como las crisis económicas y la escasez de empleo en otros sectores— y redirigirse hacia sectores próximos como el de cuidados a dependientes -sector de tránsito hacia otros considerados mejores-. Fundamental, por tanto, invertir recursos en campañas de sensibilización, de asesoramiento colectivo o personalizado, programas específicos de educación y capacitación, etc., incluso en aquellos destinados a hacer atractiva la implicación por parte de las familias (cheques, incentivos, etc.). La necesidad de intervención estatal de fomento o incentivo en este sentido es ineludible.

Antes de concluir, resulta fundamental, en la misma línea, hacer mención somera a la iniciativa concreta que supone el Proyecto Prodome²¹ que persigue la profesionalización del trabajo doméstico en consonancia con el Marco Europeo de Cualificaciones (MEC) y que propone un currículum europeo común para el sector, en definitiva, una certificación europea. Una muestra del interés que el tema analizado tiene y del afán europeo por hacer algo en favor de tal objetivo. Y una apuesta decidida sustentada en el convencimiento de que a mayor formación y cualificación, mayor será la mejora tanto en la calidad de los servicios como en los derechos de las personas trabajadoras. Y la única receta eficaz para salir del círculo perverso informalidad-desprofesionalización-desprotección.

²¹ Más detalles al respecto disponibles en <https://www.prodome.eu/es/los-resultados/>

4. Bibliografía

- EFSI, PHS Industry Monitor, Statistical overview of the personal and household services sector in the European Union, April 2018, disponible en http://www.efsi-europe.eu/fileadmin/MEDIA/publications/2018/PHS_Industry_monitor_April_2018.pdf
- FEPÉM (2020) *Le secteur des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile. Rapport sectoriel des branches*, disponible en https://www.fepem.fr/wp-content/uploads/Rapport-sectoriel-des-Branches_2020_VF.pdf
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. Javier (2020) «El trabajo al servicio del hogar: algunas propuestas desde el proyecto europeo PHS-QUALITY», 10.07.2020. Disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/07/el-trabajo-al-servicio-del-hogar.html>
- GRAU PINEDA, Carmen (2019) «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, vol. 9, n.º 2.
- GRAU PINEDA, Carmen (2020) «Empleo doméstico y cuidadores informales: obstáculos para conciliar», en VVAA, *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2020.
- MIÑARRO YANINI, Margarita (2014) «Formas esclavas de trabajo y servicio del hogar familiar: delimitación conceptual, problemática específica y propuestas», *Relaciones Laborales*, n.º 10.
- NIETO ROJAS, Patricia (2018) «El nuevo Sistema de Formación Profesional para el empleo (Ley 30/2015 y RD 694/2017) y el papel de los agentes sociales en su desarrollo», *Revista de Información Laboral*, n.º 7.
- OIT (2016) *Voz y representación de los trabajadores domésticos a través de la organización*, Nota e información n.º 8, Servicio de Mercados Laborales Inclusivos, Relaciones Laborales y Condiciones de Trabajo (INWORK), Ginebra.
- QUINTERO LIMA, M.^a. Gema (2020) «El cheque servicio como elemento de gestión/control del trabajo doméstico: la necesaria definición conceptual», en VVAA, *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- REQUENA MONTES, Oscar (2019) *Formación profesional continua y prestación de trabajo: El artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores como mecanismo de conciliación*, Tesis doctoral, disponible en acceso abierto en TESEO.
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen (2020) «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la «esclavitud moderna», *Revista General de DTSS, Iustel*, n.º 55.
- SANZ SÁEZ, Concha (2019) «Derechos colectivos y empleadas del hogar: reformas jurídicas inaplazables para un trabajo decente del trabajo doméstico en España», comunicación presentada y seleccionada respecto de la conversación II «Trabajo decente para todos» en el Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo, Sevilla, 7-8 febrero 2019.
- SANZ SÁEZ, Concha (2019) «Profesionalización efectiva del servicio doméstico. Un trabajo pendiente», *Revista jurídica de los Derechos Social Lex Social*, vol. 9, n.º 2/2019.

LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA DE LOS ANIMALES. SU PAPEL FUNDAMENTAL PARA EL TRABAJO DE ALGUNAS PERSONAS TRABAJADORAS¹

*The productive activity of the animals. Their fundamental role in work
activity of some employees*

PATRICIA PRIETO PADÍN*

Universidad de Deusto, España

RESUMEN

Los análisis del trabajo como fenómeno social casi siempre han partido en su enfoque subjetivo de la actividad humana, sin reparar en otros seres que contribuyen a hacerlo posible. Sujetos activos desde casi el origen de los tiempos, asumiendo las tareas concretas y especializadas para las cuales han sido adiestrados, los animales son los protagonistas de este estudio, con la pretensión de hacer visibles algunas de estas colaboraciones imprescindibles, ya asistiendo a las personas que los necesitan para poder realizar su prestación, ya coadyuvando a la tarea desarrollada junto a sus responsables.

Palabras clave: trabajo animal, derechos laborales de los animales, perros de asistencia, animales de servicio, animales de apoyo emocional.

ABSTRACT

The analysis of employment as a social phenomenon has almost always started from its subjective approach to human activity, without taking into account other beings that contribute to make it possible. Animals are the protagonists of this study as active subjects from almost the beginning of time, assuming the concrete and specialized tasks for which they have been trained. The aim is to make visible some of these essential collaborations, either by assisting people who need them to be able to carry out their work, or by contributing to the task assigned together with those in responsibility.

Keywords: animal work, animal labour rights, assistance dogs, service animals, emotional support animals.

¹ Grupo de investigación, reconocido por el Gobierno Vasco (IT1089-16) «Cooperativismo, fiscalidad, fomento, relaciones laborales y protección social».

* **Correspondencia a:** Patricia Prieto Padín. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. Avda. de las Universidades 24, Bilbao (Bizkaia), España. – patricia.prieto@deusto.es – <https://orcid.org/0000-0002-2544-4914>

Cómo citar: Prieto Padín, Patricia. (2020). «La actividad productiva de los animales. Su papel fundamental para el trabajo de algunas personas trabajadoras»; *Lan Harremanak*, 44, 379-416. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22269>).

Recibido: 22 noviembre, 2020; aceptado: 17 diciembre, 2020.

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



1. El trabajo de los animales como elemento esencial para la prestación laboral o profesional de las personas

El primero de los objetivos de este estudio pretende situar al lector ante algunos ejemplos de la realidad social en los cuales los animales asumen la importante labor de asistir de manera directa a personas o colectivos especialmente sensibles para una mejor calidad de vida e integración social y laboral.

1.1. Los perros de asistencia de personas discapacitadas. Un ejemplo paradigmático de sensibilidad legal

A diario cabe observar animales de asistencia que, convenientemente adiestrados por centros o entidades especializadas y oficialmente reconocidas, acompañan, conducen, ayudan y auxilian a personas con discapacidad. Disponen de un reconocimiento legal que facilita su utilización en múltiples situaciones de la vida diaria, incluido la realización del trabajo.

Quizás el ejemplo más preclaro de animal de asistencia sea, por excelencia, el perro-guía o perro lazarillo que sirve como medio auxiliar de movilidad a determinadas personas con discapacidad visual, mejorando la seguridad y autonomía en los desplazamientos (Fernández Bueno, 2015: 301 y siguientes). Las razones son variadas, pero cabrá destacar dos en especial: en primer término, la labor desarrollada por diversas organizaciones con interés en la materia, en especial por la Fundación ONCE del perro-guía (en adelante FOPG), como entidad de carácter benéfico-asistencial, creada en 1990 por acuerdo del Consejo General de la Organización Nacional de Ciegos Españoles, entre cuyos cometidos se encuentra la cría y el adiestramiento de perros-guía y la puesta a disposición de este servicio de autonomía a través de la concreta concesión a sus afiliados; a saber, y en 2019, un total de 72.231 miembros, de los cuales el 14,24 %, están afectados por ceguera (ausencia de visión o sólo percepción de luz) y un 85,76 % presentan deficiencia visual (mantenimiento de un resto visual funcional para la vida diaria: desplazamiento, tareas domésticas, lectura, etc.), disponiendo, en la actualidad, de 1.056 perros guía un activo. En segundo lugar, la existencia de una normativa que en su día tomó conciencia de ordenar la cuestión.

La referencia debe ser efectuada a la regulación pionera, en la década de los ochenta del pasado siglo, por parte del Gobierno central que fijaba unas condiciones mínimas para integrar socialmente a las personas usuarias de perros lazarillo, dada la importancia creciente que para este colectivo suponía el acceso con este tipo de canes adiestrados a lugares, alojamientos, locales y transportes públicos. En concreto, mediante el Real Decreto 3250/1983, de 7 de diciembre, por el que se regula el uso de perros-guía para discapacitados visuales (BOE de 2 de enero de 1984, núm. 1) y la Orden de Presidencia de 18 de junio de 1985 (BOE de 27 de junio de 1985, núm. 153); todo ello en coherencia con el marco

constitucional de prohibición de discriminación (artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española) y de respeto a la dignidad de los discapacitados para su completa realización personal y su total integración social (artículo 49 de la Constitución Española, en relación con el artículo 1 del mismo cuerpo legal).

Sin embargo, tanto la extensión del propio concepto de animal de asistencia como la regulación ordenada a su protección están caracterizadas por la falta de uniformidad. Ello deriva, en gran medida, de las diferentes perspectivas adoptadas por las Comunidades Autónomas, quienes vienen asumiendo este quehacer normativo en virtud del artículo 148.1. 20.º de la Constitución Española, sobre la competencia en materia de «asistencia social». Las normas autonómicas que regulan actualmente los perros de asistencia presentan inspiración evidente en tales disposiciones de carácter estatal (hoy todavía vigentes, ya con un carácter supletorio respecto de las leyes emanadas por las Comunidades Autónomas, ya con una aplicación directa en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) al compartir el objetivo de común de regular la utilización de perros adiestrados por parte de personas usuarias, afectadas por alguna discapacidad, en orden a garantizar su inclusión y participación social real y efectiva; por ende, asegurar el ejercicio de un derecho fundamental.

Precisamente en relación con este último extremo, quizás hubiera sido conveniente que la materia no se hubiera reconducido al ámbito de la asistencia social para que fuera el legislador estatal (por ejemplo, y además de los derechos fundamentales anteriormente mencionados, atendiendo al título competencial de la ordenación del propio trabajo *ex* art. 149.1.9.ª de la Constitución Española) quien asumiera su regulación en orden a garantizar un marco mínimo de actuación que hubiera evitado el panorama diverso del derecho de acceso a los espacios públicos de las personas usuarias de perros de asistencia que actualmente existe en cada Comunidad Autónoma (todo ello sin perjuicio de que los servicios sociales autonómicos fomentaran la autonomía personal de estas personas usuarias a través de las condiciones adecuadas para desarrollar un proyecto vital). Se trataría de un ejemplo clásico de reparto de competencias en el cual lo básico o uniforme se asumiera por el Estado y el desarrollo legal o reglamentario correspondiera a los órganos de las Comunidades Autónomas.

Con todo, el panorama diverso al que se asiste en la actualidad exige tomar en consideración la pluralidad de referencias legales siguientes:

- Andalucía. Únicamente mantiene en vigor la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, relativa al uso en Andalucía de perros guía por personas con disfunciones visuales (BOE de 08 de enero de 1999, núm. 7); no obstante, en virtud de la disposición adicional 1.ª de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (BOE de 17 de octubre de 2017, núm. 250),

- pronto verá la luz la norma por la que se regulan los perros de asistencia a personas con discapacidad, actualmente en tinta como proyecto de ley.
- Aragón. La regulación del derecho de acceso se limita al perro guía por la Ley 3/1997, de 7 de abril, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas, de transportes y de la comunicación (BOE de 2 de mayo de 1997, núm. 105) y el Decreto 19/1999, de 9 de febrero, por el que se regula la promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas, de transportes y de la comunicación (Boletín Oficial de Aragón de 15 de marzo de 1999, núm. 31). No obstante, la regulación de los perros de asistencia aparece como asunto pendiente de regulación, conforme establece la disposición adicional 1.^a de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón (BOE de 25 de mayo de 2019, núm. 125).
 - Asturias. Contempla una inclusión parcial de los animales de asistencia a través de la regulación del derecho de acceso con perro guía en la Ley 5/1995, de 6 de abril, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras (BOE de 23 de junio de 1995, núm. 149). Tendría gran importancia la aprobación definitiva de la Ley de acceso al entorno de personas con diversidad funcional que precisan el acompañamiento de perros de asistencia, de la cual consta únicamente su anteproyecto de ley, datado de 2018, y en trámite de información pública (Boletín Oficial de Principado de Asturias de 27 de junio de 2018, núm. 148).
 - Cantabria. Ley 6/2017, de 5 de julio, de acceso al entorno de personas con discapacidad que precisan el acompañamiento de perros de asistencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE de 9 de agosto de 2017, núm. 189).
 - Castilla-La Mancha. Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia (BOE de 8 de febrero de 2019, núm. 34).
 - Castilla y León. Ley 11/2019, de 3 de abril, de acceso al entorno de las personas usuarias de perro de asistencia en la Comunidad de Castilla y León (BOE de 4 de mayo de 2019, núm. 107).
 - Cataluña. Ley 19/2009, de 26 de noviembre, del acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia (BOE de 24 de diciembre de 2009, núm. 309).
 - Comunidad de Madrid. Ley 2/2015, de 10 de marzo, de acceso al entorno de personas con discapacidad que precisan el acompañamiento de perros de asistencia (BOE de 3 de junio de 2015, núm. 132).
 - Comunidad Valenciana. Ley 12/2003, de 10 de abril, sobre perros de asistencia para personas con discapacidades (BOE de 22 de mayo de 2003, núm. 122).

- Extremadura. Al amparo de las previsiones contenidas en la Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal de Extremadura (BOE de 30 de diciembre de 2014, núm. 315), adquiere especial importancia la Orden de 24 de julio de 2019 por la que se regulan los perros de asistencia a personas usuarias de apoyo animal en Extremadura (Diario Oficial de Extremadura de 1 de agosto de 2019, núm. 148).
- Galicia. Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia (BOE de 29 de enero de 2004, núm. 25).
- Islas Baleares. Ley 1/2014, de 21 de febrero, de perros de asistencia (BOE de 9 de abril de 2014, núm. 86).
- Islas Canarias. Ley 3/2017, de 26 de abril, de perros de asistencia para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE de 6 de julio de 2017, núm. 160).
- La Rioja. Ley 8/2017, de 19 de septiembre, de perros de asistencia de La Rioja (BOE de 7 de octubre de 2017, núm. 242).
- Navarra: Ley Foral 3/2015, de 2 de febrero, reguladora de la libertad de acceso al entorno, de deambulación y permanencia en espacios abiertos y otros delimitados, de personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia (BOE de 05 de marzo de 2015, núm. 55).
- País Vasco. Ley 10/2007, de 29 de junio, sobre perros de asistencia para la atención a personas con discapacidad (BOE de 26 de octubre de 2011, núm. 258).
- Región de Murcia. Ley 4/2015, de 3 de marzo, de perros de asistencia para personas con discapacidad (BOE de 27 de marzo de 2015, núm. 74).

Para conocer el concreto alcance de la norma, la lectura del anterior elenco de normas deberá venir acompañado de la atención al desarrollo reglamentario que en algunos supuestos existen. En concreto:

- Cataluña. Orden núm. ASC/573/2010 de 3 de diciembre (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 14 de diciembre de 2010, núm. 5774).
- Comunidad de Madrid. Orden núm. 251/2018 de 20 de febrero, por la que se regula el procedimiento de reconocimiento, suspensión y pérdida de la condición de perro de asistencia en sus distintas modalidades y de las unidades de vinculación, su acreditación e identificación y su registro (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2018, núm. 54).
- Comunidad Valenciana. Decreto 167/2006, de 3 de noviembre (Diario Oficial de la Generalidad Valenciana de 7 de noviembre de 2006, núm. 5382).

- Islas Baleares. Decreto 73/2016, de 23 de diciembre, regulador de los centros de adiestramiento de perros de asistencia y los principios generales del procedimiento para el reconocimiento de los perros de asistencia (Boletín Oficial de las Islas Baleares de 24 de diciembre de 2016, núm. 161).
- Navarra. Orden Foral núm. 535/2016 de 24 de noviembre (Boletín Oficial de Navarra de 23 de diciembre de 2016, núm. 246).

Con carácter general el ámbito objetivo atiende a la clasificación del perro de asistencia según la concreta tipología o utilización del can adiestrado para auxiliar a la persona discapacitada legalmente reconocida (en todo caso, seleccionado por su inteligencia, formalidad y lealtad). Entre los habituales se encuentran: 1) los perros guía o lazarillo, para hacer referencia a los que prestan soporte a personas con discapacidad visual o sordoceguera; 2) los perros señal de alerta o señalización de sonidos, para la asistencia frente a déficits auditivos respecto a la emisión de sonidos y su procedencia; 3) los perros de apoyo o servicio, para prestar ayuda o auxilio en actividades de la vida diaria a personas con reducción de su capacidad motora; en fin, 4) los perros de aviso o alerta médica, con este propósito, en favor de personas que padecen discapacidad y crisis recurrentes con desconexión sensorial derivadas de una enfermedad específica, como lo son diabetes, epilepsia u otra enfermedad orgánica.

En todo caso, y pareciendo oportuno apostar por un elenco abierto a nuevas inclusiones para atender a situaciones necesitadas de protección (tarea que bien conocen cuantas entidades de interés tratan de sumar esfuerzos para ellos, basten la Asociación de Perros de Asistencia en Euskadi, la Asociación Catalana de Perros de Asistencia, la Fundación Bocalán, Asociación de Asistencia Social DIS-CAN, Asociación Hidra, etc.), cabrá reseñar las importantes menciones que amplían el ámbito y derechos subjetivos a los perros para personas con trastornos del espectro autista, en aras de preservar la integridad física de estos usuarios, controlar situaciones de emergencia y guiarlos, según figura en las leyes de Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad de Madrid, Extremadura, Navarra o La Rioja (o, en su proyecto de ley, en Andalucía); también a los «perros incluidos en los proyectos de terapia asistida con animales de compañía, destinados a visitas a hospitales, centros geriátricos, pisos tutelados, centros de discapacitados, viviendas particulares, etc.», en la norma de la Comunidad Valenciana, aunque presente unas características propias que pueden diferenciarla del concepto de ayuda técnica para personas con discapacidad.

En el análisis merecerá un apartado concreto el papel de dos tipos de perros en situaciones especiales: de un lado, los perros en formación o reeducación, es decir aquellos que todavía están en el proceso de educación, sociabilización y adiestramiento para dar asistencia a personas con discapacidad [Islas Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León o Comunidad de Madrid], de

otro, los perros jubilados, a los que se les otorga tal condición una vez constatada la incapacidad definitiva del can para el desempeño de las funciones para las que fue adiestrado por la entidad competente [Castilla la Mancha, Castilla y León o Comunidad de Madrid].

Identificado el ámbito objetivo de la referencia, el análisis exige descender hacia su concreto contenido susceptible de estar medido, al menos, a partir de dos índices destacados: los derechos y obligaciones de las personas usuarias de estos perros de asistencia, de las personas propietarias, de las personas adiestradoras o agentes de socialización, así como de los centros de adiestramiento, incluyendo el régimen sancionador para el caso de desconocimiento de los deberes de cualesquiera de ellos como vía de protección para el bienestar de los perros; a su lado, cuantos derechos y obligaciones aluden directamente al perro como sujeto de un acervo propio (en especial respecto al procedimiento de reconocimiento, suspensión y pérdida de la condición de perro de asistencia).

De atender al variopinto panorama que afecta al primer conjunto de medidas, cabrá destacar, en cuanto a aspecto que especialmente interesa a este estudio por incidir directamente en el ámbito del Derecho del Trabajo, al reconocimiento del derecho de acceso al entorno laboral y al puesto de trabajo de las personas usuarias de perros de asistencia para la integración laboral.

La previsión expresa en las normas autonómicas no es universal, y mientras algunas sí contemplan esta garantía (Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad de Madrid, Extremadura, Islas Baleares, Islas Canarias, La Rioja, Navarra y Región de Murcia o, considerada en los actuales proyectos de ley, pero todavía está pendientes de validación, Andalucía y Asturias), en otros territorios el derecho de acceso se limita a lugares y espacios de uso público (Aragón, Comunidad Valenciana y Galicia o País Vasco).

A sus results, obrará un panorama variopinto que, a partir del índice anterior, varía en función del domicilio o residencia de la persona afectada, cuya evidencia, si ya es preclara respecto del ámbito subjetivo (en función del destinatario del perro cuyo servicio se contempla en la norma), resulta manifiesta en la extensión del campo objetivo y la concreta incorporación o no, de manera expresa, de la protección de acceso al lugar de trabajo de quienes necesitan un perro adiestrado para el desarrollo de múltiples actividades de su vida diaria. Además, adquiere un nivel de complejidad mayor si se sopesa que el concreto contenido de este derecho suele comprender, con carácter general, tres prerrogativas, aun cuando, algunos legisladores autonómicos recojan otros beneficios adicionales.

Entre los comunes a todas las leyes que prevén este derecho (y por tanto se configura como un mínimo en esta ordenación), habrá destacar:

1. El derecho de la persona usuaria del perro de asistencia a mantenerlo a su lado, en su puesto de trabajo, en todo momento.
2. La garantía, simultánea, de acceder con el perro de asistencia a todos los espacios de la empresa, organización o Administración en que lleve a cabo su trabajo, en las mismas condiciones que el resto de personas trabajadoras y con las únicas restricciones fijadas legalmente.
3. La imposibilidad de discriminación de la persona usuaria de perro de asistencia en los procesos de selección laboral o en el desempeño de su tarea profesional. Entendiendo, a este propósito, como conducta discriminatoria cualquier diferencia de trato derivada, directa o indirectamente de la tenencia, utilización y auxilio del perro de asistencia que perjudique o vulnere los derechos laborales de la persona usuaria.

En cuanto a los elementos que enriquecen el anterior contenido solo en algunas de las normas que regulan el derecho, en un enunciado abierto, se encuentran:

- La obligación de la empresa, previa solicitud de la persona usuaria afectada, de adoptar todas aquellas medidas que faciliten la adaptación de su entorno laboral a la presencia del perro de asistencia y que tengan el carácter de ajustes razonables (Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad de Madrid Extremadura o La Rioja o, en sus proyectos de Ley, Andalucía o Asturias).

A tal efecto cabrá acudir a la definición proporcionada en los artículos 2.m) y 66 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre de 2013, núm. 283). Esta norma entiende por ajustes razonables, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos. Para ello, en todo caso, es necesario tener en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad la falta de su adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

- El derecho de la persona usuaria a disponer de pequeños intervalos de tiempo para proporcionar al perro momentos de esparcimiento (Castilla y León).

- La existencia de un régimen sancionador que tipifica como infracción muy grave el impedir el derecho de acceso al ámbito laboral de la persona usuaria del perro de asistencia, cuya sanción correspondiente lleva multas económicas que oscilan entre los 3.001 a 9.000 euros de Canarias o Navarra; pasando por los 2.001 hasta 10.000 euros de Castilla y León o entre 3.000,01 y 12.000 euros en Islas Baleares.

La falta de mención expresa o el vacío legal respecto al derecho al acceso al entorno laboral y al puesto de trabajo con el perro de asistencia, puede ser valorado como un obstáculo para la efectiva y real integración laboral y social de estas personas que, por su especial vulnerabilidad, no deben contar con barreras para su participación en la sociedad con pleno ejercicio de derechos. En cualquier caso, y frente a un posible conflicto entre la empresa y la persona usuaria del animal de asistencia oficialmente reconocido, debe aplicarse una interpretación finalista de la ley, a cuyo tenor, cualquier obstáculo o impedimento al acceso al lugar y entorno de trabajo con el perro de asistencia reconocido constituiría una discriminación por razón de discapacidad, en aplicación del artículo 14 de la Constitución Española en combinación con su artículo 35. Esta ha sido la contundente respuesta en algunos pronunciamientos judiciales de países del entorno europeo (Gómez-Millán Herencia: 2015, BIB 2015\876), resultando, además, de todo punto ilustrativa, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en 2007 (Pérez Merlos: 2018 y Rubio de Medina: 2013), en concreto en referencia a los artículos 1; 3; 9.1.a); 26.1; 27, 28 y 31 de la misma.

En el supuesto del desconocimiento de tan importante facultad, el trabajador afectado podría acudir a los Tribunales a través de un procedimiento especial y sumario de tutela de derechos fundamentales [Maneiro Vázquez: 2007]]. En concordancia con el suplico de la demanda, la sentencia declarativa habrá de resolver sobre la concurrencia (o no) de la vulneración alegada declarando, en su caso, la nulidad de la actuación empresarial, ordenando el cese inmediato de la conducta [Pazos Pérez: 2016, 115-142]. El restablecimiento en la integridad del derecho alegado debe incluir, además, la reparación de las consecuencias producidas a través de una indemnización de daños y perjuicios (artículo 182 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE de 11 de octubre de 2011, núm. 245). Sin perjuicio de esta acción prevista directamente en favor del beneficiario de la norma, procederá aludir también a la responsabilidad empresarial de carácter administrativo derivada de incurrir en una discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, lo que implica la infracción y sanción correspondiente —artículos 8.2 y 40.1c) respectivamente— del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 08 de agosto de 2000, núm. 189).

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que se está en un momento oportuno para que el legislador estatal asuma la tarea de homogeneizar este escenario variopinto; incluyendo, además, una mención expresa en la Ley del Estatuto de los Trabajadores destinada a reconocer el derecho de acceso al entorno laboral y al puesto de trabajo de este tipo de personas vulnerables con las máximas garantías. La razón es palmaria en tanto toda atención pública de las demandas sociales pasa por una adecuada identificación y visibilidad de las necesidades de protección, a cuyo propósito también puede contribuir, con un papel complementario, las partes implicadas, ya a través de la negociación colectiva (máxime si en el ámbito de aplicación del concreto convenio colectivo existe un alto impacto o interés, como puede ser el Convenio Colectivo de la Fundación ONCE y su personal), ya mediante instrumentos de responsabilidad social corporativa (memorias, reglamentaciones internas, códigos de conducta, etc.), por ejemplo, comprometiéndose a cumplir un elenco de comportamientos ante la presencia de este tipo de animales de asistencia o a la adecuación de las instalaciones de la empresa, conforme ocurre, en algunos supuestos respecto de los servicios y productos en la empresa. En su envés, la persona usuaria estará obligada a cumplir las obligaciones legales que la resulten de aplicación.

En este último sentido, contando con quienes pudieran estar acompañados de un animal de estas características, ya a nivel de empresa [Ryanair, Vueling, Wizz Air, Iberia o Metro de Madrid]; ya a nivel de Comunidad Autónoma respecto de lugares o servicios concretos. Sirvan las referencias al artículo 4.3 del Decreto n.º 123/2018, de 30 de mayo, por el que se regulan los albergues turísticos y los albergues juveniles de la Región de Murcia (Boletín Oficial de la Región de Murcia de 07 de junio de 2018, núm. 130), artículo 74.3.f del Decreto 14/2018, de 23 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de los establecimientos hoteleros y complejos turísticos balnearios en Aragón (Boletín Oficial de Aragón de 06 de febrero de 2018, núm. 26), artículo 28.1.f del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 17 de agosto de 2016, núm. 191) o en el artículo 23 g) de la Ley del Taxi de la Comunidad Valenciana (BOE 23 de diciembre de 2017, núm. 311).

Desatender esta necesidad y dificultar la integración social y laboral del colectivo de personas con discapacidad usuarias de perro de asistencia adiestrado constituye una discriminación por discapacidad. Esa es precisamente uno de las máximas que defiende la Asociación «No sin mi perro-guía», tratando de informar y prevenir los problemas a la que se enfrentan las personas con discapacidad visual y sus perros de asistencia por no permitir el acceso a numerosas entidades (entre los ejemplos más actuales: servicios de taxi, fruterías, bares y restaurantes, instalaciones deportivas, salones de juego,

vuelos de pasajeros, albergues, museos, etc.). Todos ellos, con numerosas menciones en los medios de comunicación [baste, El País: 2019] y en la doctrina científica (Bombillar Sáenz: 2019, 125 y ss.) adquieren mayor notoriedad o justicia cuando la responsabilidad es depurada en los Tribunales, ya en vía contencioso- administrativa confirmando la correspondiente sanción (SSTSJ, Contencioso Administrativo, Castilla La Mancha 21 enero 2002; Rec. núm. 1668/1998 o Galicia, 25 octubre 2002, Rec. 4771/1998), ya en vía penal (por ejemplo, El Confidencial Digital: 2020), ya indirectamente en vía laboral (analizando el despido disciplinario del trabajador que lleva a cabo la conducta discriminatoria, STSJ Andalucía/Granada 28 de junio de 2018, Rec. 188/2018).

En cuanto hace a otros posibles derechos y obligaciones a incorporar por vía de convenio colectivo o de responsabilidad social corporativa unilateral de la empresa, loable resulta el encuadramiento de los perros de asistencia dentro del sistema de promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia (Castilla y León, aun cuando quede en una mera mención en la exposición de motivos de la ley). Igualmente, el reconocimiento del apoyo animal dentro de las medidas complementarias [artículo 4 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (BOE de 17 de octubre de 2017, núm. 250)]. Para avanzar en los derechos actualmente reconocidos y hacerlo conjuntamente podría servir de modelo la regulación del servicio social de perros guía de la FOPG, cuyas condiciones de concesión y mantenimiento vienen recogidos en normativa interna: la Circular 14/2014, de 16 de mayo (aun cuando con carácter transitorio pueda seguir invocándose la Circular 8/2007, de 18 de julio) y su Oficio-Circular de desarrollo 20/2014, de 16 de mayo.

El examen detallado de tales disposiciones sobrepasaría el contenido de este estudio, si bien es importante dejar constancia de que la persona afiliada a la O.N.C.E que quiera beneficiarse de un auxiliar de movilidad debe:

1. Instar la solicitud.
2. Acreditar ciertas cualidades ante una Comisión de Valoración que analizará el contenido de cada expediente y resolverá concediendo, denegando o aplazando la concreta solicitud a la vista de las circunstancias concurrentes recogidas en los cuatro preceptivos informes profesionales demandados (social, de orientación y movilidad, médico y psicológico) para considerar acreditada la causa.
3. Superar satisfactoriamente un curso para personas usuarias que acredite la cualificación necesaria para utilizar el perro guía asignado; condición *sine qua non* a la hora de estar en disposición de graduar la unidad de vinculación y autorizar la cesión de uso del perro a la persona usuaria (Catena Gasco: 2018, 157 y siguientes).

Otras cuestiones de interés que convendría destacar como merecen, son las siguientes:

1. La formación recibida por la persona usuaria se incorporará en muchas ocasiones como materia y condiciones a respetar dentro de la unidad de convivencia, versando, por ejemplo, sobre cuestiones relativas a los deberes de cuidado y atención del perro-guía a través de cumplimiento de unas adecuadas condiciones higiénico-sanitarias y de custodia del animal. El alcance de estos parámetros contractuales ha llegado, en algún caso, a instancias judiciales para su interpretación, así ocurre, por ejemplo, en relación a las causas en virtud de las cuales la propia FOPG debe asumir la atención del perro guía, tales como «problemas graves» de la persona usuaria «de tal naturaleza que le impidiera hacerse cargo correctamente»; situación que no es equiparable, a modo de muestra con una estancia vacacional de quien asume su custodia (Sentencia de la Audiencia Provincial, Contencioso-administrativo, de Madrid, de 18 de abril de 2006, Rec. núm. 555/2005).
2. La prohibición de utilizar el perro-guía en determinadas actividades que pongan en grave riesgo su salud, integridad o la seguridad del funcionamiento de la unidad, así como cuantas otras que impliquen su uso para finalidades distintas de la de auxiliar de movilidad, conforme pudiera ser cualquier contrato, acuerdo o transacción que suponga su utilización del trabajo o la imagen del perro-guía con fines de lucro para la persona usuaria.
3. La cesión a terceros de su uso, posesión o tenencia, salvo que revista carácter meramente temporal por ausencia o imposibilidad de la persona usuaria; por no seguir, la utilización en exhibiciones, espectáculos públicos, actividades recreativas, publicaciones gráficas o producciones audiovisuales sin el permiso expreso de la FOPG (De Lorenzo García y Durán López: 2014, BIB 2014\13).

Ante el incumplimiento de este deber, como del anteriormente mencionado, o la materialización de otras circunstancias variopintas (fallecimiento de la persona usuaria o del perro-guía asignado; renuncia expresa al medio auxiliar o cumplimiento de la vida útil del animal, estimada entre 10 y 12 años), procedería acordar la disolución de la unidad y, en su caso, la aplicación de las consecuencias accesorias.

4. Como garantía final en relación al reconocimiento de la condición de perros de asistencia, tal y como suceden respecto a los perros-guía de la FOPG, cabría destacar que tanto la formación de la persona usuaria, como el adiestramiento del perro, así como la supervisión y control del funcionamiento de la unidad de vinculación, sea impartida y verificada

por centros de adiestramiento homologados y de reconocida solvencia e integrados en la Federación Internacional de Perros-Guía, encargada de supervisar los estándares de calidad a través de procedimientos de auditoría de carácter bienal. En este sentido, cabe destacar que la capacitación profesional adecuada para el adiestramiento de un perro de asistencia se otorga a personas que hayan acreditado las unidades de competencia propias del Certificado de Profesionalidad: (SSCI0112) Instrucción de perros de asistencia (RD 990/2013, de 13 de diciembre, BOE de 6 de febrero de 2014, núm. 32) dentro de la familia profesional Servicios Socioculturales y a la Comunidad, de nivel 3, con una duración formativa de 840 horas. Sin perjuicio de la existencia de otras formaciones relacionadas dentro del catálogo formativo elaborado por el Instituto Nacional de las Cualificaciones que, en este sentido, actuarían como básicas o complementarias, a saber: las competencias del Certificado de Profesionalidad: (SEAD0412) Adiestramiento de base y educación canina ((RD 548/2014, de 27 de junio, BOE de 19 de julio de 2014, núm. 175), dentro de la familia profesional Seguridad y Medio Ambiente, de nivel 2, con una duración formativa de 340 horas.

1.2. Un posible reconocimiento de los perros que acompañan a víctimas de violencia de género, también en el trabajo

Ninguna de las clasificaciones de perros de asistencia en las normas autonómicas en vigor ha contemplado hasta el momento de manera expresa la labor que pudieran desarrollar los perros como acompañantes o protectores de una víctima de violencia de género, salvo con un sesgo negativo, para excluirlo del ámbito de aplicación (Castilla –La Mancha). Con todo, este vacío encuentra determinados visos de corrección a través de cuatro vías:

1. El esfuerzo de diversas entidades que hacen más visible esta demanda social. Distintas iniciativas muestran su sensibilidad a este respecto cuando abogan por incentivar el uso ante situaciones de necesidad. Basten los ejemplos del Proyecto ‘Pepos’, impulsado por la Fundación Mariscal que, en colaboración con la empresa *Security Dogs* ofrece a las mujeres víctimas de violencia machista el acompañamiento de perro adiestrado para este fin (El País: 2019) o de la Asociación Proyecto Escan, constituida con la finalidad del adiestramiento y educación canina destinada a la terapia de personas víctimas de violencia.
2. La existencia de diferentes programas de atención o tratamiento con perros a personas víctimas de violencia de género a través de una colaboración estrecha entre entidades del ámbito público (corporaciones locales o diputaciones) y asociaciones con interés en la materia. Por ejemplo, el denominado «Échame una pata. Programa de acompañamiento emo-

- cional» puesto en marcha por el Ayuntamiento de Ciudad Real [Cadenaser: 2020; entre más experiencias significativas, Directoextremadura: 2020 o Tribunasalamanca: 2017].
3. El interés de diversas iniciativas políticas promoviendo una modificación legal que permita su utilización en espacios públicos, tanto a nivel estatal [baste la Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 2 de noviembre de 2018, Serie B Núm. 336-1)], como a nivel autonómico [Proposición no de Ley en Comisión relativa a terapia asistida con perros para víctimas de la violencia de género, Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía de 03 de octubre de 2019, (Serie A) núm. 139].
 4. El avance de algunas menciones expresas que acompañan el quehacer de los gobiernos territoriales. En concreto, cabría dar cuenta de ciertas referencias de neto sentido positivo cuando, al tratar parcialmente la cuestión, disponen —como elenco capaz de abrir nuevos caminos—, que: las limitaciones sobre circulación y acceso de animales de compañía en las vías, transportes y establecimientos públicos no serán de aplicación para perros utilizados como terapia asistida en casos de violencia de género [artículo 11 de la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, BOE de 22 de diciembre de 2017, núm. 310] o que los perros de protección de violencia de género podrán acceder a taxis y transportes públicos urbanos, siempre que vayan acompañados de la persona responsable [Ordenanza de 27 de enero 2017 de protección y tenencia de animales de Santa Cruz de Tenerife, Boletín Oficial de Tenerife de 19 de abril de 2017, núm. 47]. Incluso, y para un lugar determinado, la regulación del régimen de tenencia de animales de compañía en los centros de la Red de Atención a las víctimas de violencia de género [en Castilla y León a través del artículo 14 c) del Decreto 2/2019, de 7 de febrero, de autorización y funcionamiento de los centros de la Red de Atención a las víctimas de género de Castilla y León, Boletín Oficial de Castilla y León de 11 de febrero de 2019, núm. 28].

A pesar de los diferentes recursos dispuestos a tal fin, después de su examen detallado cabe observar una importante diferencia que pudiera estar distorsionando o impidiendo el discurso para un completo reconocimiento legal. Se aprecia manifiestamente en la propia definición del perro, en cuanto a la finalidad que persigue o la necesidad que satisface, esto es, entre un perro de protección a la víctima por razón de seguridad y un perro de apoyo anímico o emocional.

Sin perjuicio de que eventualmente pudiera asumir el doble cometido, lo cierto y verdad es que se trata de dos facetas notoriamente distintas. Mientras un perro de defensa para víctimas de violencia de género no dejaría de ser una medida complementaria a la que pudieran proporcionar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y exigiría un adiestramiento específico con técnicas de defensa y ataque, así como una formación integral de la persona afectada para la correcta vinculación entre ambos a fin de evitar situaciones de riesgo propio o ajeno; en el caso de un perro de apoyo emocional, y por asemejarse más a un animal de compañía, demandaría un adiestramiento menos estricto que aquel que el descrito o el que se ha de proporcionar al perro de asistencia de discapacidades a partir del aprendizaje de tareas específicas. En este sentido, y al ser su función principal el acompañamiento emocional precisa aprender técnicas centradas exclusivamente en la obediencia para un correcto comportamiento en cualquiera de las situaciones de la vida diaria de la mujer afectada, ya sea en su ámbito personal, ya en el laboral o social, incluyendo en este haber desde paseos en un parque, pasando por el acceso y permanencia en un centro educativo, hospitalario o de restauración, hasta el tiempo y espacio en el cual ha lugar su prestación laboral o profesional.

Procede, a la luz de lo expuesto, abogar por la aprobación legal y concienciación social de esta segunda modalidad. Dada su evidente necesidad para estos miembros de la comunidad signados por un ataque brutal a sus derechos más fundamentales, como por los delicados aspectos jurídicos que plantea una implementación adecuada.

Pese al vínculo proporcionado por su mayor vulnerabilidad (Autores Varios: 2016: 35), la condición de víctima de violencia no puede ser equiparada a una situación de discapacidad; sin embargo, preciso será reconocer que el binomio perro de apoyo emocional-persona maltratada muchas veces constituye un recurso fundamental para devolver el bienestar emocional, la seguridad o la calma a las víctimas frente a los problemas de salud mental que experimentan tras la agresión o maltrato de su agresor, tales como los trastornos de estrés postraumático, depresión o ansiedad [Delegación del Gobierno para la Violencia de Género: 2016, 248].

En este sentido, cabría fijar la atención en ejemplos de trayectoria consolidada en otros países de los cuales se ha predicado muy altos beneficios con un bajo riesgo [Carroll, *et al.*: 2020, 1-10]. Procederá hacer una lectura moderna, y desvinculada del hecho de padecer una discapacidad, del denominado *Emotional Support Animal* o animal de apoyo emocional (y no solo perros), entendiendo por tal aquel que, conforme acredite el certificado médico oportuno, tiene por función mitigar el trastorno mental o emocional de una persona a través de la compañía sin estar entrenados para una tarea específica.

Hasta el momento solo una ley autonómica en España prevé la mención expresa de esta categoría (Castilla-La Mancha), si bien, con el único sentido de

excluirla de su ámbito de aplicación. En sentido positivo, cabe observar su reconocimiento en algunas regulaciones de compañías aéreas cuando pautan las condiciones generales de viaje para vuelos de pasajeros, en concreto, aun con un ámbito operativo específico, al admitir perros de terapia o apoyo emocional cuando el origen o destino final del pasajero sea EEUU [Iberia].

También cabría acudir a otra categoría intermedia como el *Psychiatric Service Animal* o animal de servicio psiquiátrico, caracterizado por un entrenamiento, de manera individual, para realizar tareas específicamente destinadas a aliviar el trastorno psiquiátrico de quien acaba siendo persona usuaria, según ha ocurrido con el tratamiento complementario y emergente proporcionado a militares y veteranos de guerra con síndrome estrés postraumático. Sus resultados secundarios reflejan de manera patente diferencias transversales en el nivel de depresión, calidad de vida y funcionamiento social y laboral [O’Haire y Rodríguez: 2018, 179-188]. En este último sentido, no cabe desdeñar su alta semejanza con los animales de terapia asistida vinculados a una única persona usuaria dentro de un programa individualizado. Algunas Comunidades Autónomas se han preocupado de brindarle reconocimiento legal al comprenderle como perro de asistencia cuando se acredite, a través de una evaluación psicológica, la necesidad o conveniencia terapéutica de su uso [Comunidad Valenciana]. Así cabrá también extrapolar esta vía en beneficio de las mujeres víctimas de género respecto de aquellos territorios donde exista la figura [sobre su uso para este colectivo, también en la Asociación Catalana de Zooterapia].

Al lado de estas muestras en las cuales lo importante es el objetivo general por encima de las características subjetivas de la persona usuaria, cabrá dar cuenta también de otras que han surgido para atender ámbitos personales específicos, en concreto y por cuanto interesa a este discurso se ha demostrado que la presencia de un perro adiestrado reduce los niveles de ansiedad y estrés en las víctimas de violencia de género.

En este último sentido importará destacar la prueba piloto «Perro de Asistencia Judicial» implantada en la Audiencia Provincial de Tarragona con la colaboración de la Fundación *Affinity* y el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Constituye la primera terapia asistida por un perro dirigida a las víctimas de violencia de género y/ o delitos contra la libertad sexual, al prestarles apoyo emocional a la hora de testificar y en los momentos previos y posteriores a tal acto [Fundación *Affinity*: 2017]. La iniciativa, si bien constituye una novedad interesantísima en España, cuenta con una experiencia previa que la avala a partir de la propuesta original que se remonta a 2003 en Seattle (Estados Unidos), de la mano de la fiscal Ellen O’Neill-Stephens, cuyo éxito ha trascendido fronteras, se aplica en numerosos países y es de esperar que tenga adecuada continuidad en España [Sandoval: 2010, también, Burd y Mcquiston: 2019].

Hasta tanto estas y otras propuestas tomen forma legal, lo cierto y verdad es que la equiparación en Derecho de este tipo de perros de apoyo emocional con los perros de asistencia hace que las víctimas de violencia de género que los utilizan dentro de su programa de rehabilitación carezcan del correlativo trato de favor ordenado a permitirles el acceso a lugares públicos; en particular, y al hilo de cuanto se está exponiendo, a la empresa o puesto de trabajo donde la persona interesada desarrolle su prestación laboral. Cuestión, por tanto, que queda en último extremo al permiso o tolerancia empresarial.

La circunstancia reseñada puede resultar disonante o incoherente con la protección reforzada que merecen este tipo de personas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cuya materialización toma forma a través de diferentes medidas que en el mejor de los casos facilitan una flexibilidad temporal o locativa de la afectada consistente en derechos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo, la movilidad geográfica o el cambio de centro de trabajo; para situaciones más comprometidas, posibilidades relacionadas con el cese temporal o definitivo en el empleo, tales como el derecho de reducción de la jornada, la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto o la extinción voluntaria, y sin penalización, de la relación laboral.

En tal contexto la utilización de un perro de acompañamiento emocional encontraría cabida natural como una más de las medidas que, dentro del amplio campo de actuación de la víctima, recoge el artículo 1 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOPIVG) (BOE de 13 de febrero de 2008, núm. 38); en particular, cabe seguir esta consecuencia cuando la norma recoge la obligación de adoptar cuantas acciones sean necesarias, y especialmente relacionadas con la sensibilización, educación, formación, detección, atención y recuperación. Igualmente, cuando el artículo 35 bis.4 de la LOPIVG reconoce que la asistencia psicológica a víctimas comprende tanto la atención inicial, como el seguimiento durante todo el proceso terapéutico de recuperación.

De este modo, la extensión de las garantías previstas para los perros de asistencia a los de acompañamiento emocional contribuiría, sin duda, a favorecer la integración de las personas víctimas de la violencia de género. En concreto, y en la esfera laboral, su trascendencia se antoja evidente, no solo en tanto podrían decantarse por mantener el empleo sin acudir a medidas laborales más drásticas, como las ya reseñadas de ausentarse del puesto de trabajo o extinguir la relación laboral. De igual modo, estaría en disposición de reducir de manera notable los efectos sobre el empleo en términos de puntualidad, absentismo, productividad, bajas médicas derivadas de un síndrome ansioso-depresivo reactivo al padecimiento de una situación de violencia de género o a cambios y pérdidas de empleo. Observada iniciativa, en la otra cara de la moneda, mejorar su empleabili-

dad, lograr la estabilidad laboral o aprovechar las oportunidades de formación continua y de promoción profesional (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género: 2016).

La lectura anterior supone, en definitiva, el derecho de acomodar de forma razonable las obligaciones laborales a la situación personal de una trabajadora sometida a violencia de género. A este respecto, justamente cabrá señalar que el artículo 2.d) de la LOPIVG contempla, como uno de los fines de la ley, el de «garantizar derechos en el ámbito laboral (...) que concilien los requerimientos de la relación laboral (...) con las circunstancias de aquellas trabajadoras que sufran violencia de género».

A modo de resumen, cabrá postular la incorporación normativa de la plena posibilidad de utilizar los perros de apoyo emocional a las víctimas de violencia de género en todos los espacios públicos, incluyendo expresamente, en cuanto ahora interesa, el entorno laboral. Quedaría abierto además un camino a través del cual explorar la eventual extensión de la protección a otros supuestos análogos en los cuales los perros fueran utilizados para atender o tratar a personas víctimas de violencia de delitos, a personas en situación de riesgo o exclusión social por razón de su avanzada edad, problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos o, y de relieve singular, a las personas afectadas por trastornos de la personalidad o con enfermedades mentales.

Asentado el primero de los aspectos que arriba se destacaban como fundamentales, procederá prestar atención a la implementación, como segundo de los elementos dignos de atención normativa. Cualquier avance en este sentido exigirá el examen previo de dos cuestiones importantes: en un plano general, la nota distintiva de conformidad con la cual, y frente a perros destinados a la protección de la víctima, los de apoyo emocional no plantean mayores problemas derivados de su comportamiento. A sus results, y en referencia a un marco específico, la mayor facilidad para cubrir el objetivo de su actuación en el seno de la empresa o de un puesto de trabajo concreto.

No ocurre igual con el otro aspecto u objetivo que pueden cumplir los perros pues el tipo de actividad desarrollado por el animal, vinculada a la protección y defensa de la usuaria, como son el adiestramiento del perro (perteciente a una raza concreta para poder llevar a cabo su misión) y las tareas de cuidado y vigilancia encomendadas, difieren notablemente de los utilizados respecto a los perros-guía u otros perros de asistencia, con carácter general. La simple constatación de esta circunstancia debe llevar a un adecuado análisis, en el primero de los supuestos, destinado a identificar, evaluar y controlar los peligros y puntos críticos de la convivencia pacífica de todos, con el fin de adquirir una mayor certeza de seguridad y unas garantías jurídicas para todas las personas afectadas, y a la sociedad en su conjunto, basadas en el consenso social y de los afectados.

El perro de seguridad para víctimas de violencia de género debería quedar sometido a cumplir una serie de evaluaciones que certifiquen su adecuado adiestramiento; en cualquier caso, no cabrá confundir la reacción agresiva ante estímulos o indicaciones reconocidos a base de entrenamiento con el carácter violento del animal en condiciones normales. Esta última afirmación, con todo, no deja de encerrar una muestra preclara de lo controvertido del tema, bastando para constatarlo con mencionar cómo, de un lado, en ocasiones se ha debatido sobre la prohibición total de perros de defensa a los particulares [El País, 1999]; de otro, fijar la atención en que determinadas normas autonómicas o locales identifican dentro de los perros potencialmente peligrosos, a los que adiestrados para el ataque, guarda o defensa, o que pudieran serlo por la aptitud y actitud derivadas de sus características raciales, pese a que tal condición no les venga asignada por el legislador estatal ni en la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos (BOE de 24 de diciembre de 1999, núm. 307), ni en alguna de sus normas de desarrollo. En este sentido, cabría citar el artículo 2.2 b) y c) del Decreto 90/2002, de 28 de febrero, por el que se regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Galicia y se crean los registros gallegos de Identificación de Animales de Compañía y Potencialmente Peligrosos y de Adiestradores Caninos (Diario Oficial de Galicia de 02 de abril de 2002, núm. 63), o el artículo 3.g) 2.º de la Ordenanza Municipal de Huelva sobre tenencia de animales de compañía y animales potencialmente peligrosos.

Sean de apoyo emocional o de protección aun restaría por abordar a nivel legal o convencional las vicisitudes o problemas o generados por la presencia de tan cualificados animales en la empresa; de manera señera la necesidad de una correcta planificación y organización de la prevención de riesgos laborales, adaptando las condiciones y el lugar de trabajo para hacer frente con solvencia a este tipo de situaciones a través de medidas de convivencia laboral.

2. La prestación de servicios auxiliada por animales co-trabajadores

La doctrina ha advertido sobre cómo los animales pueden ser objeto de varias clasificaciones dogmáticas en atención a su cualidad de actores dentro de la clase de trabajadores, aun cuando no acabe siendo acogida ninguna porque, en su lugar, y a partir de la exigencia de ostentar la condición de persona, quedan relegados a mera herramienta o forma de tecnología que durante siglos ha sido utilizada y manejada por los humanos (Hribal: 2014, 67).

El afán de poner de relieve la laboralidad de su prestación mueve a, en este segundo apartado del estudio, exponer algunas de las situaciones más señeras de animales que desarrollan una actividad o servicio en el contexto de determina-

dos oficios o profesiones. No se trata ya de un auxiliar de movilidad que repercute a nivel laboral, sino de un ayudante de trabajo que desempeña su concreta misión o cometido con una disposición de fuerza física e intelectual, de forma simultánea o complementaria a la prestación laboral o profesional de las personas trabajadoras, trascendiendo sus efectos tanto a nivel particular como al conjunto de la población.

Con denominaciones diversas que lo consideran sujeto activo de trabajo (ayudante, co-trabajador, animal no humano empleado, catalizador, etc.), y no meros instrumentos o maquinaria, su protagonismo en el mundo del trabajo es indudable por cuanto el legislador (al menos en ocasiones), lejos de mantener la actitud pasiva de considerarlo un simple utensilio y validar su explotación, ha establecido (o habría de hacerlo) los parámetros normativos adecuados para jurificar sus intereses. Sin olvidar la experiencia relacionada con la regulación «decente» del trabajo humano y con apertura a una comprensión de los derechos intraespecie, este proceso debe servir para llegar a la dignificación del trabajo animal [Gomes da Rocha: 2019, 218], pues, al fin y al cabo, su fuerza productiva no constituye tampoco una mera mercancía. De este modo, cabrá propugnar la fijación de unas condiciones de trabajo animal éticas y una relación armoniosa entre este ser y sus responsables [Porcher: 2017, 23 y siguientes.], adoptando una política transversal y multidimensional con una perspectiva integradora y abierta a nuevos retos.

Este estudio identifica algunos ejemplos señeros susceptibles de ser clasificados en tres categorías: 1) Desempeñan un papel fundamental, y muchas veces insustituible, en el ámbito público para proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2) Desarrollan su quehacer en la empresa privada, y no solo en relación a cuestiones vinculadas con la seguridad. 3) Forman parte integral de un proceso de tratamiento clínico con el objetivo de promover la mejora en las funciones físicas, psicológicas o cognitivas de las personas.

2.1. Los animales de servicio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad

Al servicio de tan importante quehacer público, el animal más conocido y utilizado es el perro adiestrado. Todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuentan dentro de su estructura orgánica con un servicio cinológico, o en su caso, distintas unidades de guías caninos, con el fin de apoyar a las diversas entidades operativas y desarrollar actuaciones preventivas, proactivas y reactivas. Disfrutan de un régimen y tratamiento jurídico propio pues los animales de servicio en la esfera pública (también en respecto de cuantos desempeñan servicios en la esfera privada), aparecen excluidos de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos (BOE de 24 de diciembre de 1999, núm. 307).

Aunque su existencia y utilidad aparezca ya en tiempos remotos, la institucionalización de perros como «agentes de la ley» tiene lugar a mediados del siglo pasado, tras la finalización de la II Guerra Mundial, donde se reconoce legalmente su cometido a través de la creación de puestos y destacamentos especializados. Con diversas denominaciones y modificaciones en cada estructura orgánica, la regulación legal de los principios y criterios generales en materia de cinología y su utilización como mecanismo de protección y prevención va a depender en España del concreto Cuerpo y Fuerza de Seguridad afectado. Así, cabrá dar cuenta de un panorama variopinto de regímenes, aun cuando puedan converger en diferentes aspectos destinados a proporcionar un entronque común:

1. La existencia de centros de adquisición, cría y adiestramiento de los perros de trabajo a través de escuelas internas de formación (Ministerio de Defensa, 2013).
2. La exigencia de que los profesionales cinológicos, como expertos en la materia, deban ostentar la acreditación correspondiente tanto para desarrollar el adiestramiento como para impartir la formación al profesional que lo va a utilizar en su prestación laboral (por lo normal personas que hayan superado las unidades de competencia propias de los Certificados de Profesionalidad: (SEAD0512) Instrucción canina en operaciones de seguridad y protección civil y (SEAD0412) Adiestramiento de base y educación canina, ambos regulados por Real Decreto 548/2014, de 27 de junio (BOE núm. 175, de 19 de julio de 2014), dentro de la familia profesional Seguridad y Medio ambiente (el primero de nivel 3 y 630 horas de duración; el segundo, de nivel 2 y 340 horas de duración).
3. La existencia de numerosas especializaciones de perros en función del cometido a desarrollar, así como las diferentes pruebas de aptitud para el trabajo o métodos de adiestramiento que deben superar.
4. La obligación de una preparación integral y seguimiento de reciclaje formativo que pesa sobre quienes desempeñan su prestación de servicios con funciones de guía de perros a través de cursos de especialización, tanto genéricos como específicos, por áreas concretas.
5. La necesaria constitución de un binomio operativo (perro-persona trabajadora) que puede llegar a traspasar las fronteras del espacio y lugar de trabajo para permanecer durante las 24 horas del día a fin de estar en las mejores condiciones posibles para desempeñar su propósito (Animalshealth: 2019), con controles periódicos sobre la calidad y capacidad funcional. Baste señalar, en muestra significativa, la exigencia de esta prueba cada 100 horas de trabajo y/o entrenamiento previsto en el punto 12.9.3.15 de la Resolución de 1 de febrero de 2019, de la Secretaría General de Transporte, por la que se aprueba la actualización de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil, BOE de 27 de febrero de 2019, núm. 50.

6. Pesa un adecuado registro de los perros de trabajo donde consten la identificación de los animales, así como las altas y bajas de efectivos, ya sean derivadas de venta, pérdida de aptitud o muerte [Orden DEF/600/2014, de 9 de abril (BOE de 16 de abril de 2014, núm. 92)].
7. La vigilancia de la salud de estos animales a través de profesionales veterinarios, previo cumplimiento de la normativa higiénico-sanitaria mediante controles periódicos.

La especialización funcional del Cuerpo o Fuerza de Seguridad permite efectuar una clasificación de los perros en atención a la tarea en la que van a prestar su apoyo, teniendo presente en todo momento el dato de conformidad con el cual en el proceso de selección únicamente uno de cada cuatro va a ser válido para el adiestramiento. Tal acción, lejos de extenderse a todas sus capacidades, únicamente comprenderá aquellas en las cuales más destaque, con pruebas de aptitud dirigidas a perfeccionar tales especialidades, además de tener que superar las comunes relacionadas con la indiferencia (a personas, otros animales, e interiores de locales y vehículos), el cobro —tanto en espacio cerrados como abiertos—, los disparos, la confianza en la altura o el instinto de caza.

Por centrar el examen en los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aun cuando el esquema se reproduce a escala en las policías autonómicas (Navarra —dentro del área de seguridad ciudadana—, País Vasco y Cataluña —con la diferenciación entre labores preventivas y urgentes o de reacción—) y también en algunas entidades locales, cabrá aludir a distintas especializadas que cubren los perros y marcan el sentido de la actividad profesional (Ministerio de Defensa, 2013):

1. Perros de Seguridad. Destinados a alertar del peligro y, en su caso, reaccionar de manera contundente. En el conjunto de tales, cabrá separar, A) los de Seguridad y Combate (llamados a actuar en cualquier ambiente), que pueden ser transportados por cualquier medio y su función radica en localizar y neutralizar intrusos intimidando con su ladrido y, si fuera necesario, mordiendo a su presa. B) Los de patrulla o acompañamiento, con funcionalidad similar al anterior, pero con un uso más disuasorio que eficaz. C) De acecho, apenas ya utilizados, pero en su momento llamados a detectar y alertar de manera silenciosa al guía con la cola, orejas, posturas, golpes de hocico, etc. D) Guardia y centinela (plenamente compatibles con los sistemas electrónicos) e incluidos en los planes de seguridad de polvorines, centros de comunicación u otros recintos cerrados, con la finalidad de ladrar a cualquiera que se acerque y, si prosigue con su avance, morderlo o/ ponerlo en fuga actuando a través del modelo de doble valla o corredor, punto fijo, en trole o en recinto confinado.

Específica mención habrán de merecer en este grupo los perros en misiones de intervención, apropiados para su uso en combate, tanto diurno como nocturno, en zonas urbanizadas, ambientes subterráneos, o misiones aerotransportadas, quedando integrados y debiendo conocer las TTP, tácticas, técnicas y procedimientos, donde vayan a actuar.

2. Perros Detectores: género con dos especies en función de la forma de marcar. De un lado, los activos, llamados a detectar o localizar un olor (drogas en alijos y personas, tabaco o dinero —billetes de curso legal en la Policía Nacional ha dado lugar a la especialidad de BCL—), marcándolo a través de rasgar agresivamente el lugar donde se encuentra el objeto buscado; de otro, y mucho más valiosos, los pasivos, en tanto deben actuar en contra de su instinto y quedarse inmóvil ante la presa, sentándose o poniéndose de pie o tumbado como formas características de marcar hasta que el guía se lo indique. Entre estos detectores pasivos cabrá destacar los de explosivos, minas y otras sustancias. De este modo, en los de explosivos, procederá dejar noticia de distintas variantes según su actuación tenga lugar en personas (estático —sentándose ante el individuo— o dinámico —pegándose a él—). En un punto a distancia en caminos o en baja intensidad (trabajando mientras pasea) dando pie a especialidades tan conocidas como el detector contra artefactos explosivos improvisados (C-IED) o la EDD de la Policía Nacional; entre los de minas, cabrá diferenciar los de desminado operativo (apertura de pasillos, detección y delimitación de zonas minadas y campos de minas o limpieza de zonas minadas) y desminado humanitario; por último, y además de los detectores pasivos de olores a los que se ha hecho mención, cabría mencionar otros muy sofisticados como los que en la Guardia Civil están destinados a advertir sobre indicios de fuego o en la Policía Nacional, los detectores de Acelerantes del Fuego (D.A.F).

No cabrá ignorar en fin otras especialidades concretas dentro de este género tan amplio, ya sean comunes (detectores de comida —de contrabando o de alimentos prohibidos en las aduanas—, de rastreo —llamados a seguir rastros de varios días— o de armas). Ya propios de otras latitudes (detectores de marfil), ya previstos para situaciones singulares (sirva el ejemplo de los llamados a localizar animales salvajes como osos, lincees, serpientes, etc.).

3. Perros de búsqueda y rescate. Concebidos como un elemento fundamental en los protocolos de actuación frente a situaciones de emergencia muy diversas. Variabilidad en la causa que haría preciso postular una especialización en cada una de ellas, pero que no resulta factible dado lo extremadamente caro que resulta su mantenimiento, motivo por el cual únicamente resulta operativa la separación de la búsqueda y detección

de personas cuando se trata de localizar a gente en movimiento, pues tal labor solo la pueden acometer los perros más cualificados. Por lo demás actuarán indistintamente en escombros, aludes o avalanchas de nieve, grandes áreas (con densa vegetación y/o superficies muy amplias) o en agua (tanto en operaciones de rescate como de búsqueda de víctimas). En esta especialidad cabrá destacar la labor de la Sección de la intervención de emergencias y rescate (SIRE), dentro de la Unidad Militar de Emergencias (UME). La Subespecialidad de Detección de Riesgos Biológicos de la Guardia Civil o, en la Policía Nacional, las especialidades de búsqueda, localización y recuperación de restos humanos (REHU) o de Búsqueda y localización de personas ocultas (LOPO).

A su vez existen disposiciones básicas para los profesionales que utilizan perros de trabajo en relación al tiempo de trabajo y condiciones mínimas en relación a estos animales, sirva el ejemplo de las patrullas policías con perro en el Cuerpo Nacional de Policía, con parámetros tales como los siguientes (De Antón y Barbera: 2008, 121 y 122): prestación del servicio en periodos de tiempo inferiores a las ocho horas con el fin de mantener un horario adecuado y evitar problemas en el comportamiento del perro; traslados y descansos del animal llevados a cabo en vehículos debidamente acondicionados para tal fin; realización de los servicios con más policías que perros; necesidad de que el responsable del perro comunique adecuadamente al resto de sus compañeros unas pautas de conducta para que no interfieran en la actuación del animal, siendo esencial, en este sentido, los siguientes: no pasar entre el sujeto interpelado y el perro; llevar al perro siempre a la izquierda del guía canino o conductor cinológico, como único responsable para pautar el comportamiento del animal; no tratar de atraer su atención ni intervenir en las órdenes dadas, o, en fin, dejar libre el espacio necesario para que el animal evolucione alrededor de su guía (zona de protección).

En esta apretada perspectiva preciso será no olvidar, como ejemplo, que en el Cuerpo Nacional de Policía, las unidades especiales de caballería constituyen órganos móviles de la seguridad pública que dependen de la Brigada de Seguridad Ciudadana y desarrollan numerosas misiones operativas policiales, además, de otras de representación y protocolo. Funcionalidad, esta última, dentro de la cual destacan las conocidísimas Guardia Real y Batería Real. Estas patrullas a caballo, además del gran efecto psicológico que producen a la ciudadanía, están llamadas a asumir una importante labor. El jinete policial tiene una mejor observación del entorno por su posición elevada y mejor actuación en las tareas de vigilancia y control que una patrulla convencional a pie o motorizada, sobre todo respecto de lugares difícilmente accesibles (parques, jardines, playas) o en un escenario urbano con aglomeraciones de personas y presencia de ruidos producidos por detonaciones, petardos o sirenas, presencia de automóviles o helicópteros, bengalas, botes de humo, lienzos de colores, obstáculos o sustancias químicas (espectáculos públicos,

concentraciones de masas, reuniones al aire libre y manifestaciones o ante la presencia de altas personalidades nacionales o extranjeras).

En fin, si antes la vía utilizada en la adquisición de caballos para adiestrar en servicio policial era la compra a ganaderos civiles, las facilidades son ahora mucho mayores por existir diferentes convenios suscritos de Cría Caballar por el Ministerio de Defensa con diferentes organismos, instituciones o entidades, y así mismo semejante instrumento normativo suscrito por la Secretaría de Estado de Seguridad y el Ministerio de Defensa por el que la Yeguada Militar dona caballos a la Policía Nacional.

Para adquirir las habilidades necesarias para el servicio policial, la doma del equino dura entre uno o dos años y la vida útil del caballo abarca desde que deja de ser potro hasta los 20 o 22 años. Es en este momento con su jubilación [en caso del perro de servicio, llegará con carácter general hasta los 11 o 12 años], o en un periodo anterior por causa de enfermedad o falta de funcionalidad en el servicio, cuando pasa a ser adoptado, entre más, por el agente que lo tenía asignado y que trabajaba en exclusiva o con regularidad [STS], Contencioso-administrativo, Comunidad Valenciana de 19 de septiembre de 2018, Rec. 163/2016] o por terceras personas, incluso donados a asociaciones de discapacitados para actividades de terapia o equinoterapia. Baste señalar la labor social de determinadas organizaciones para incentivar las adopciones [Adoptak9 o Heroesde4patas].

2.2. Los animales de trabajo en el ámbito privado

El campo de actuación del trabajo de los animales en la empresa privada o en el trabajo autónomo ha sido, es y será amplio, aun cuando no siempre se hayan tomado en consideración todas las posibilidades existentes, tanto en términos de tareas o funciones, como en cuanto a las especies animales que participen. El ejemplo más conocido, al igual que sucedía en la esfera pública, es el perro adiestrado para acometer funciones de seguridad, tanto por el trabajo de vigilancia que desempeñan, como por la faceta de elemento disuasorio y psicológico que representa. Su presencia no queda dirigida a la defensa de las personas trabajadoras, sino que está ordenada a la seguridad general, apareciendo relacionada, en lo fundamental, con la salvaguardia de los bienes de la empresa (STSJ Cataluña 21 diciembre 2001, Rec. 2972/2001).

Siguiendo una tendencia actual de demanda todavía pendiente de explorar en todas sus dimensiones en España, cabe encontrar las siguientes especialidades fundamentales de perros detectores (según empresas dedicadas a su formación y adiestramiento, como el Centro Canino Roblezal):

1. De drogas, para empresas de seguridad que se ocupen de narcóticos.
2. De explosivos, para empresas de seguridad que se ocupen de explosivos.
3. De sangre, para pruebas periciales en crímenes.

4. De acelerantes, para empresas aseguradoras de bienes y equipos.
5. De hongos, para empresas madereras de almacenamiento, donde es imposible ver desde el exterior si el paquete de madera está en buenas condiciones.
6. De setas o trufas (en particular de *Boletus Edulis* o Trufas), para particulares, autónomos o empresas dedicadas a la recolección de este preciado manjar.
7. De escapes de líquidos o gases, para empresas donde el control de este tipo de fugas en orden a garantizar su seguridad o seguridad ambiental.
8. De altas o bajas concentraciones de determinados químicos, para empresas certificadoras de calidad o cuantas subcontraten la fabricación de productos acordes a unos patrones determinados de composición.
9. De veneno, para guardas de fincas o cotos en la búsqueda de cebos envenenados.
10. De cadáveres o detección de restos humanos (DRH), no solo para cuerpos policiales, sino también para aseguradoras y detectives privados.
11. De plagas de insectos, para empresas dedicadas al control de tales epidemias, reduciendo los tiempos de inspección.

La anterior muestra no constituye una lista cerrada, sino siempre abierta a nuevas necesidades, según muestran algunos ejemplos significativos que cabría valorar, incluso, como extremos:

1. El entrenamiento *ad hoc* de perros para buscar tortugas en peligro de extinción en Girona. Tal menester fue llevado a cabo como consecuencia de recibir y aceptar la propuesta de un biólogo-herpetólogo interesado en conservar la variedad autóctona (si en 3 años los biólogos solo localización cinco ejemplares, en cinco días de trabajo con 4 perros adiestrados pudieron censarse 44 ejemplares) [Masquegau.com/].
2. El proyecto desarrollado en Cataluña de adiestrar alrededor de 400 perros para detectar personas infectadas de Covid-19 a través del olfato, con experiencias que acreditan el porcentaje de un 100% de fiabilidad en otros estados [Eitb: 2020].
3. En fin, perros detectores de cáncer, como un recurso potencial para el sistema de salud cuya única forma de ponerlo en práctica solo puede obtenerse a través de la estandarización de los procedimientos, respaldando los trabajos con investigaciones que demuestren los resultados y desarrollando protocolos específicos al efecto [Álvarez Gayo: 2017, 16 y 17].

Sin perjuicio de cuantas obligaciones genéricas pudieran derivar de las distintas leyes de protección y bienestar animal dictadas a nivel autonómico, de los deberes respecto a la tenencia de animales potencialmente peligrosos o de las garantías demandadas en el ámbito de la cualificación profesional por la necesidad

de una formación integral tanto de los perros adiestrados por parte de entidades acreditadas, como de quienes se encargan los utilizan o se sirven de su servicio, el legislador ha centrado su específica atención en la presencia de estos animales en la empresa de la seguridad privada. En este sentido, y con el propósito no solo de obligar a cumplir unos parámetros mínimos de formación, registro y atención al perro; sino también de ordenar la prestación de servicios del trabajador que lo acompaña, el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre (BOE de 10 enero 1995, núm. 8), recoge la figura del equipo canino en su artículo 75 a cuyo tenor «para el cumplimiento de sus funciones, los vigilantes de seguridad podrán contar con el apoyo de perros, adecuadamente amaestrados e identificados y debidamente controlados, que habrán de cumplir la regulación sanitaria correspondiente. A tal efecto, los vigilantes de seguridad deberán ser expertos en el tratamiento y utilización de los perros y portar la documentación de éstos».

Esta norma específica por razón de actividad, demanda una constitución del equipo canino en condiciones adecuadas para evitar «los riesgos que los perros puedan suponer para las personas»; garantizar, al tiempo «su eficacia para el servicio». Añade, además, una infracción leve que trasciende a la persona trabajadora por «la utilización de perros en la prestación de los servicios, sin cumplir los requisitos o sin tener en cuenta las precauciones prevenidas al efecto» (artículo 153.8 del Reglamento de Seguridad Privada). Tales extremos pueden servir de base al empresario para acudir a la potestad disciplinaria e imponer determinadas sanciones laborales a quienes, desempeñando funciones de vigilancia de seguridad, no tengan en cuenta las peculiaridades derivadas de prestar servicios dentro de un equipo canino, por ejemplo y entre más, por utilizar para la detección de explosivos un perro de seguridad (STSJ Cataluña 25 noviembre 2019, Rec. núm. 4063/2019), por soltar libremente al perro de seguridad mientras se toma un tiempo de esparcimiento (STSJ Galicia 6 junio 2014, Rec. núm. 903/2014), o por no llevar al perro de defensa y ataque durante el ejercicio de su actividad cuando resulta imprescindible (STSJ Galicia 17 enero 2014, Rec. 3483/2013).

No solo la ley, sino también los convenios colectivos o el contrato individual, están llamados a ocupar un papel fundamental en esta materia. Hasta el momento tan solo constan menciones genéricas, a excepción de la existencia de una compensación económica por prestar servicios de vigilancia con perro, de forma similar a la previsión respecto de la ejecución de servicios con arma, mediante el plus de peligrosidad. Tal posibilidad ya venía siendo recogida hace bastante tiempo por la negociación colectiva de empresas de seguridad, mediante la regulación, dentro de la estructura salarial del personal sometido a su ámbito de aplicación, del «plus canero», a devengar cuando se prestaban servicios con perro, no obstante, en la actualidad ha sido suprimido, pudiendo quedar recogido tal concepto retributivo para compensar tales servicios en pactos individua-

les entre el trabajador y la concreta empresa de seguridad privada (STSJ Madrid 27 diciembre 2006, Rec. núm. 5270/2006 o STSJ Cataluña 3 de noviembre de 2004, Rec. núm. 7887/2003).

Las aves rapaces también cuentan con un espacio propio de actuación en las empresas. Uno de sus usos viene dado por el control preventivo de la presencia de aves y fauna (liebres, conejos, garcillas, gaviotas, patos y similares) en aeropuertos y helipuertos con el objetivo de reducir los impactos y accidentes de tráfico aéreo causados por las aves que sobrevuelan las pistas de aterrizaje (Zugasti, M., 2008). De la mano del personal cetrero, esta técnica de seguridad aeroportuaria fue creada en una base militar en Madrid en 1968 por el naturista Félix Rodríguez de la Fuente. En la actualidad a través de la disuasión y captura de animales mediante aves rapaces sigue teniendo plena operatividad en casi todos los aeropuertos, alcanzando hasta más de 60 aves rapaces en Madrid y entre 30 y 40 en Vizcaya. Según datos proporcionados por la entidad pública de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, y en atención al ejemplo del Aeropuerto de Málaga-Costa del Sol, el servicio cetrero tiene dos equipos, uno compuesto por Halcones y Águilas y otro por Halcones (5) y perros (2), combinando sus técnicas: altanería, bajo vuelo y mano por mano. En este caso, el adiestramiento de las aves rapaces lo realiza el cetrero del aeropuerto durante tres o cuatro meses. En fin, en esta ciudad andaluza existe también un programa de cría de Harris que asegura el mantenimiento y desarrollo de este servicio diario (Aena).

Otros de los cometidos en la utilización de aves entrenadas como ahuyentadoras atiende al control de plagas avifauna en vertederos o en zonas urbanas, haciendo frente así al riesgo para la salud de ciudadanos o la degradación de monumentos históricos; también como apoyo a la agricultura para salvar cultivos como viñedos, montes de frutales, plantas de procesamiento o parcelas de alimentación suplementaria de ganado, e incluso como guardianas de seguridad en complejos deportivos como estadios de fútbol o campos de golf (según muestran, por ejemplo, Halconerosdecastilla o Eeuskalfalcon).

El ejercicio de este tipo de actividad queda sujeto al cumplimiento de las prescripciones legales exigidas tanto a nivel estatal como de Comunidad Autónoma en aspectos tales como licencias generales de caza, autorizaciones especiales de cetrería, registro e identificación del ave, condiciones respecto a su posesión y cuidado, etc. Aun cuando las labores suelen ser llevadas a cabo por empresas especializadas [STSJ Galicia 18 noviembre 2018 (Rec. 3279/2014)] o profesionales autónomos [STSJ Galicia 5 junio 2015 (Rec. 470/2014)], también cabe que el personal experto en cetrería forme parte de la propia empresa que necesita el recurso [STSJ Islas Canarias/Las Palmas 25 septiembre 2008 (Rec. 985/2006)] o de una empresa de seguridad [SJS núm. 1 de Melilla, de 26 de marzo de 2018, Sentencia 206/2017]; de ahí, la necesidad, sobre todo respecto en estos últimos supuestos, de hacer visible y profesionalizar la ocupación

en la negociación colectiva, así como establecer unas mínimas condiciones de atención y cuidado respecto del propio animal.

Los equinos también ocupan un lugar significativo. Dos son las actividades en las que es su labor productiva resulta más demandada por la empresa privada. Por un lado, los coches de caballos o carruajes con conductor de interés público, que utilizan como único sistema de tracción el arrastre por medio de caballerías, para transitar por diferentes itinerarios populares en las urbes (también aun con diferencias, para celebraciones privadas como bodas, STSJ Andalucía/Sevilla 22 marzo 2007, Rec. 1951/2006 o fiestas mayores, como ferias); con todo, en los últimos tiempos, procede constatar la existencia de políticas destinadas a desincentivar progresivamente su uso, contemplando fondos específicos para indemnizar a quienes *motu proprio* renuncien a las licencias de este tipo de vehículos de tracción animal [Laopiniondemalaga: 2020].

Del interés por el bienestar de los animales ya constan noticias históricas cuando el empleo de este medio de transporte era más usual (artículo 19 del Reglamento para el Servicio de los carruajes de plaza de Madrid de 1914). En la actualidad numerosas ordenanzas municipales concretan un mínimo legal ordenado a garantizar la calidad del servicio y del animal con independencia de que la persona titular de la preceptiva licencia administrativa y poseedor de los caballos coincida o no en la misma persona de conductor del coche de caballo.

A tal fin, importarán distintos aspectos que van desde el régimen de licencias, las condiciones de idoneidad de los vehículos, las aptitudes del personal que presta el servicio de conducción, los elementos principales de prestación del servicio, la cesión de cocheras municipales y los derechos y obligaciones de las personas usuarias, así como el régimen sancionador [Ordenanza de 2 de julio 2008, reguladora del transporte de viajeros en coches de caballos en el municipio de Sevilla (Boletín Oficial de Sevilla de 9 de agosto de 2008, núm. 185); Ordenanza de 13 de febrero de 2013, reguladora del servicio de transporte de viajeros en Málaga (Boletín Oficial de Málaga de 1 de abril de 2013, núm. 60), Ordenanza de 26 de septiembre 2012, reguladora del transporte de viajeros en coches de caballo en Aranjuez(Madrid) (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 13 de diciembre de 2012, núm. 297)]. Todo ello sin perjuicio de la aplicación general de la correspondiente norma de protección animal vigente en la concreta Comunidad Autónoma y a partir de la cual le serán de aplicación una serie de obligaciones y prohibiciones; también, en su caso, de la correspondiente ordenación de las normas zootécnicas y sanitarias de las explotaciones equinas.

De una lectura de algunas resoluciones judiciales cabe dar cuenta de la existencia de ciertos accidentes o incidentes en este ámbito, en alguna ocasión mediando responsabilidad de quien actúa como caballista [Sevilla.abc: 2020], en otras confluyendo, además, una violenta reacción del caballo [Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de julio de 2001, Rec. 146/2001], res-

pensabilidad patrimonial de la Administración Pública (SSTSJ, Contencioso-administrativo, Andalucía/Sevilla 22 noviembre 2005, Rec. 2332/2003 o Murcia 8 de junio de 2018, Rec. 44/2018), clientes del propio servicio [Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Civil, de 30 septiembre 2003, Rec. 1158/2003] o, en fin, terceros ajenos viandantes o conductores [Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de enero de 2008 (Rec. 10/2008)].

Como último ejemplo, y habitual de empresas vinculadas a actividades de recreo en la naturaleza, deportivas y ecoturismo, cabrá destacar la utilización de caballos para rutas ecuestres. En este aspecto procederá abogar por que quienes se dediquen a tal menester hayan obtenido el correspondiente título de formación profesional del sistema educativo relacionado con la profesión, en concreto, el de Técnico en Actividades Ecuestres (Real Decreto 652/2017, de 23 de junio y Orden EFP/1209/2019, de 11 de diciembre) o Técnico en Guía en el Medio Natural (Real Decreto 402/2020, de 25 de febrero) que sustituye al Técnico en Conducción de Actividades Físico-Deportivas en el Medio Natural. En ambos casos, el personal experto en este ámbito debe mantener especial atención al cumplimiento de la normativa sobre bienestar animal, de prevención de riesgos laborales y de protección ambiental.

2.3. La intervención asistida con animales de terapia

Muchos son los estudios que, a lo largo de la Historia, han abordado los variadísimos beneficios derivados de la relación persona-animal [una mera muestra en los proporcionados por Serpell: 2003, 3-22 o Cusack: 2008]. El privilegio que brinda la naturaleza ha sido aprovechado por numerosos centros e instituciones para incorporar a los animales como parte integral de un proceso de tratamiento con el objetivo de promover la mejora en las funciones físicas, psicológicas o cognitivas de las personas. Actuando dentro de una, varias o las tres vertientes de lo que viene a clasificarse como intervención asistida con animales (conocida con las siglas, IAA) según la clasificación de la Asociación Internacional de Organizaciones de Interacciones Humano Animal (IAHAIO), a saber: 1) La Terapia Asistida con Animales (TAA). 2) La Pedagogía Asistida con Animales (PAA), también conocida como Educación Asistida con Animales (EAA). 3) La Actividad Asistida con Animales (AAA).

Según muestran quienes más han profundizado en la materia (Zamarra San Joaquín: 2002:143 o Martos-Montes, *et. al.*; 2015), el perro ostenta una presencia mayoritaria también este apartado, tanto su sencillez de adiestramiento como por constituir un mediador emocional, dada su facilidad para vincular la comunicación terapeuta-paciente; también por la labor de refuerzo motivacional que incrementan el interés y el esfuerzo del paciente durante las sesiones. Junto a él, otras especies con significativo rango en la terapia animal son los equinos (caballo y yegua), los gatos, los animales de granja, las aves, incluso, los

animales acuáticos, las cobayas y los insectos. Su importancia ha hecho surgir y evolucionar las distintas modalidades presentes en la zooterapia: de la canoterapia (perros) a otras como la equinoterapia, hipoterapia o terapia ecuestre, como una forma de terapia física que utiliza equinos para tratar principalmente a personas con trastornos del movimiento, asociados a varias afecciones neurológicas neuromusculares o a sociópatas (Oropesa Roblejo; García Wilson; Puente Saní; Matute Gaínza: 2009). También la delfinoterapia, fundada en la interacción con delfines y de la cual cabe predicar una influencia directamente beneficiosa en personas con problemas de salud o disfunciones físicas o psíquicas tales como parálisis cerebral, desórdenes psicomotrices sin diagnóstico específico, Síndrome de Down, tetraplejias y hemiplejias, atrofia en la columna vertebral, depresión, autismo, etc. [Fundación Aqualandia Mundomar].

Todos estos animales, llamados coloquialmente zooterapeutas, suelen proceder en muchos casos de centros de protección y adopción de animales, requiriendo un adecuado entrenamiento y adiestramiento específico por profesionales cualificados, así como su cuidado en buenas condiciones para desempeñar la concreta prestación dentro de sus ámbitos fundamentales (educación en todos sus escalafones, psicología/psiquiatría, neurorehabilitación, integración social, gerontología, etc.); esto es, acreditando periódicamente la idoneidad física, psíquica y conductual requerida.

En las tres categorías de intervención con animales es significativa la variedad en el perfil profesional demandado. Según muestran expertos en la disciplina (Benedito Monleón; Caballero Martínez y López Andreu: 2017, 80): en la intervención en la TAA aparece dirigida por una persona profesional cualificada del ámbito sanitario (Psiquiatría, Psicología, Medicina rehabilitadora, Fisioterapia, Enfermería, etc.), del sector educativo o del ámbito de servicios sociales (Terapia ocupacional, Trabajo social, Educación Social, Pedagogía, etc.). En la PAA, viene atribuida a una persona con experiencia en el ámbito de la educación y con adecuado conocimiento de las competencias generales y específicas a desarrollar. Por último, en la AAA, está bajo supervisión de profesionales sanitarios, de la educación o servicios sociales, pero también por voluntarios expertos en esta materia.

Su promoción en España data de 1987, fecha reciente de compararla con otros países del entorno, especialmente los anglosajones. Dos han sido las entidades pioneras en definir las políticas de la IAA y ayudar a implantarlas en diferentes centros autorizados en España: de un lado, el Centro de Terapias Asistidas con Canes (CTAC); de otro, la Fundación *Affinity*. Tras su promoción, diversos centros han acogido iniciativas importantes en este sentido, las cuales pretenden dar el salto de una fase experimental hacia otra de generar aplicación. Sirvan el ejemplo proporcionado por los hospitales con el fin del acompañamiento con perros y conejos a pacientes dentro de programas que tratan

de humanizar la asistencia sanitaria y transmitir la solidaridad de los animales [Telemadrid:2019 o Diariodecadiz: 2018], en residencias de mayores y centros educativos [Álvarez Cejudo: 2019 o Lavozdegalicia: 2017] o, en fin, en instituciones penitenciarias [Proyecto SIMBIOSIS+ en Pamplona llevado a cabo por TerapiaconperrosycaballosCaballcan].

El anterior contexto cuenta con un vacío regulador pues no existen disposiciones legales estatales sobre esta materia; tampoco encuentra cabida en las normativas autonómicas sobre perros de asistencia, donde el único reflejo encontrado contempla, precisamente, su exclusión taxativa por presentar unas características propias que la diferencian sustancialmente del concepto de ayuda técnica para personas con discapacidad (en este sentido, Castilla La Mancha, Islas Baleares o La Rioja).

Dejando a un lado las normas de protección animal que demandan de los centros de terapia a humanos con animales la necesaria inscripción en un registro especial de núcleos zoológicos (Galicia, o Navarra), la única preocupación localizada late en la norma sobre utilización y derechos de los perros de asistencia de la Comunidad Valenciana, la cual recoge en su ámbito subjetivo a los perros incluidos en los proyectos de terapia asistida de animales de compañía destinados a visitas a hospitales, centros geriátricos, pisos tutelados, centros de discapacitados, viviendas particulares, etc., vinculados a una única persona usuaria dentro de un programa individualizado.

De su lectura cabrá observar que, tanto la norma básica como la destinada a su desarrollo reglamentario, contienen dos tipos de interesados o solicitantes: a) Personas con discapacidad física, psíquica o sensorial con grado de minusvalía igual o superior al 33%, que tengan necesidad de servicio o de acompañamiento de este para la conducción, auxilio o apoyo a la autonomía personal o encontrarse incluido en un proyecto de terapia asistida con animales de compañía. b) Entidades titulares o responsables de centros asistenciales o de acción social que dispongan de perros vinculados a programas de Terapia Asistida con Animales de Compañía (TAAC) que deseen solicitar su reconocimiento como perro de asistencia. Ello da cuenta del posible avance en esta materia.

A nivel general existe un gran espacio legal sobre el cual convendría volcar la regulación de las múltiples cuestiones que afectan a este ámbito: desde las condiciones de utilización de animales en terapias, con un catálogo de derechos y obligaciones, pero también con un régimen de infracciones y sanciones, pasando por las necesidades de formación y cualificación de los profesionales afectados, hasta llegar a los requerimientos administrativos de los centros que imparten las terapias o la protección de las personas usuarias.

Para la definición de tales extremos, bien cabría tener en cuenta los parámetros que actualmente sirven de referencia: de un lado y diseñados de forma espe-

cífica por quienes mejor conocen este tipo de intervenciones, procedería atender a las directrices para el bienestar de los animales involucrados en las intervenciones asistidas con animales (IAHAIO: 2014) o al decálogo de buenas prácticas de las Terapias Asistidas con Animales (Fundación *Affinity*). También, obviamente, a las previsiones legislativas de la concreta Comunidad Autónoma que ha entrado a regular esta materia, constituyendo parámetro de referencia el proporcionado por la Comunidad Valenciana a través de la Orden de 20 de mayo de 2007, que aprueba el modelo de solicitud del procedimiento para el reconocimiento de perros de asistencia para personas con discapacidades, así como el contenido mínimo de los proyectos de terapia asistida con animales de compañía (Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 2007, núm. 5532).

De otro, aunque sea de forma general y parcial, el catálogo de prohibiciones que recogen algunas leyes de protección animal a nivel de cada Comunidad Autónoma, junto con el correspondiente régimen sancionador, a fin de contribuir en la erradicación de cualquier atisbo de maltrato animal, so pena de acudir, además, y en casos graves, a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995, núm. 281).

A su lado, no cabrá olvidar la necesidad de su promoción, donde cobran importancia las diferentes ayudas económicas destinadas a cubrir esta necesidad por razón de interés público, social, económico y humanitario. Así, por ejemplo, y contando con seis entidades beneficiarias especializadas en terapia animal, destaca el Decreto 77/2020, de 17 de julio, regulador de las bases reguladoras y de la concesión directa de subvenciones a entidades del tercer sector de acción social para el desarrollo de programas de personas con diversidad funcional y problemas de salud mental (Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 23 de julio de 2020, núm. 8864).

3. Conclusiones

Primera. De manera lenta y fragmentaria, pero también constante y con influencias recíprocas en la tendencia hacia una cierta uniformidad de mínimos, las normas sobre el papel productivo de los animales no han dejado de crecer en los últimos años para fijar su atención en la colaboración que prestan, bien asistiendo a quienes los necesitan para realizar su prestación laboral, bien como coparticipes en la tarea que desarrollan junto a sus responsables.

Segunda. Los perros de asistencia a discapacitados en sus distintas formas (que van desde la más conocida de auxilio a la movilidad hasta otros que ayudan a corregir el déficit auditivo o de capacidad motora o, en elenco abierto, sirven de alerta médica) son la mejor prueba de una sensibilidad social hacia quie-

nes, convenientemente adiestrados y cuidados hacen surgir el derecho laboral de nuevo cuño a mantenerse al lado del usuario en todo momento mientras permanezca en el trabajo (salvo restricciones legalmente justificadas) y generan un índice de garantía frente a nuevos tipos de eventuales discriminaciones derivadas de la necesaria asistencia por un animal. La existencia de entornos laborales razonablemente adaptados y la adopción de cautelas elementales en la utilización del animal completan una perspectiva a la que, *mutatis mutandis*, cabría equiparar a cuantos acompañen a las víctimas de violencia de género, ya como elemento de protección, ya como apoyo emocional (pudiendo coincidir ambas facetas).

Tercera. Como copartícipes de un mismo trabajo, los animales distan de poder ser considerados un mero instrumento o maquinaria, motivo por el cual, y una vez superada su consideración como un útil a explotar, resulta de todo punto oportuno juridificar sus intereses para que el trabajo que desarrollan sea también decente. La acabada regulación de los animales que prestan sus servicios en los Cuerpos y Fuerzas del Estado está llamada a inspirar la ordenación que rijan la utilización de perros en el ámbito privado (ya como detectores de personas, muy variadas sustancias y hasta enfermedades, ya para actuar como garantes de seguridad), tanto para evitar que puedan suponer un riesgo como para garantizar la eficacia en su quehacer.

De los perros como referencia por antonomasia es «natural» el salto protector hacia cuantos otros animales realizan labores semejantes, como pudiera ser la utilización de rapaces en aeropuertos o como elemento de control avifauna, salvamento de cultivos o guardianes de complejos deportivos; en una segunda muestra, los equinos, en su papel en el transporte urbano y en actividades de recreo.

Particular atención merecerían, y gran vacío regulador se detecta, en cuanto atañe a la intervención asistida con animales de terapia, donde prácticamente todo está por hacer, desde condiciones de formación y utilización a un catálogo mínimo de derechos y obligaciones que consigan evitar cualquier atisbo de maltrato animal.

4. Bibliografía

ADOPTAK9: <https://adoptak9.es/>

AENA: *El aeropuerto de Málaga-Costa del Sol dispone de un servicio de control de fauna basado en las técnicas de cetrería*. Disponible: <http://www.aena.es/es/aeropuerto-malaga/control-fauna.html> (Accedido: 24-10-20).

ÁLVAREZ CEJUDO, Gloria (2019) «Beneficios de la intervención asistida con animales en el aula», *Papeles Salmantinos de Educación*, núm. 23. Disponible: <https://revistas.upsa.es/index.php/papeleseducacion/article/view/28> (Accedido: 29-08-20).

- ÁLVAREZ GAYO, Elvira (2017), «Perros detectores de cáncer: lejos de los sistemas de salud», *Ladridos. Revista Canina*, núm. 7. Disponible: <http://www.ladridos.es/septiembre2017/septiembre2017/el-can-nunca-olfatea-al-paciente> (Accedido: 13-09-2020).
- ANIMALSHEALTH (2019), *La relación con los perros policía, «un vínculo mucho más que laboral»*. Disponible: <https://www.animalshealth.es/empresas/bayer-animal-health-la-relacion-con-los-perros-policia-un-vinculo-mucho-mas-que-laboral> (Accedido: 17-10-20).
- ASOCIACIÓN «No sin mi perro guía»: <https://www.facebook.com/Nosinmiperroguia/>
- ASOCIACIÓN CATALANA DE PERROS DE ASISTENCIA: <http://www.aepa-catalunya.org/?l=1>
- ASOCIACIÓN CATALANA DE ZOOTERAPIA: <https://www.zooterapias.com/>
- ASOCIACIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL DISCAN: <https://www.discan.dog/>
- ASOCIACIÓN DE PERROS DE ASISTENCIA EN EUSKADI: <http://www.aepa-euskadi.org/>
- ASOCIACIÓN HIDRA: <http://www.asociacionhydra.org/>
- ASOCIACIÓN PROYECTO ESCAN: <https://www.proyectoescan.es/>
- AUTORES VARIOS (2016), *Informe sobre violencia de género hacia las mujeres con discapacidad a partir de la macroencuesta 2015*. Madrid: Cinca. Disponible en: http://www.fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/informe_sobre_violencia_de_genero_2.pdf (Accedido: 21-05-2020).
- BENEDITO MONLEÓN, María Carmen; CABALLERO MARTÍNEZ, Victoria y LÓPEZ ANDREU, Juan A. (2017); «Terapia asistida con perros en niños y adolescentes», *Revista Española de Pediatría*, Vol. 73, núm 2, 79-84. Disponible: https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/noticia/dokumentuak_ekaina/eu_def/adjuntos/benedito_terapia_perros.pdf (Accedido 13-07-20).
- BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel (2018), «Deporte e inclusión. régimen jurídico del uso de perros guía y otros perros de asistencia para acceder a instalaciones deportivas en Andalucía», en MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis (ed.): *Anales de Derecho y discapacidad*, Madrid: Cinca, 125 -146.
- BURD, Kayla A. y MCQUISTON, Dawn E. (2019) 'Facility dogs in the courtroom: comfort without prejudice?', *Criminal Justice Review*, Vol. 4, núm. 4, 1–22. <http://courthouse-dogs.org/wp-content/uploads/2019/06/Burd-McQuiston-2019.pdf> (Accedido 17-08-20).
- CADENASER (2020), *Nace 'Échame una pata' para ayudar a las víctimas de la violencia de género y a los perros abandonados*. Disponible en https://cadenaser.com/emisora/2020/09/18/ser_ciudad_real/1600433077_667585.html (Accedido: 04-10-20).
- CARROLL, Joshua D., et al. (2020), «Laws and Ethics Related to Emotional Support Animals». *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 48, núm. 4. Disponible en: <http://jaapl.org/content/jaapl/early/2020/09/16/JAAPL.200047-20.full.pdf> (Accedido: 06-11-20).
- CATENA GASCO, Jaime (2018), «Optimización en la prestación de perros guía», en MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis (ed.): *Anales de Derecho y discapacidad*, Madrid: Cinca, 157 -180.
- CENTRO CANINO ROBLEZAL: http://www.roblezal.com/es_ES/perros-detectores/
- CENTRO DE TERAPIAS ASISTIDAS CON CANES <https://www.ctac.cat/>
- CUSACK, Odean (2008), *Animales de compañía y Salud Mental*. 2.ª ed. Barcelona: Fundación Affinity.
- DE ANTÓN Y BARBERA, FRANCISCO (2008), *Técnicas de Intervención*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DE LORENZO GARCÍA, Rafael y DURÁN LÓPEZ, Alberto (2014), *Régimen jurídico de la ONCE*, Navarra: Aranzadi, BIB 2014\13. (Accedido: 12-08-2020).

- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2016), *El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016*, Madrid: Ministerio de la Presidencia. Disponible en: <http://www.infocoponline.es/pdf/COSTES-VG.pdf> (Accedido: 20-04-2020).
- DIARIODECADIZ (2018): *La Unidad de Salud Mental del Clínico implanta un programa de intervención con perros*, https://www.diariodecadiz.es/noticias-provincia-cadiz/Unidad-Salud-Mental-Clinico-intervencion_0_1258374629.html (Accedido: 5-10-2020).
- DIRECTOEXTREMADURA (2020), *La Diputación cacereña pone en marcha un programa piloto de terapia con perros adiestrados para víctimas de violencia de género*, Disponible: http://www.directoextremadura.com/noticias_ciudad/2020-10-16/377/4902/la-diputacion-cacereña-pone-en-marcha-un-programa-piloto-de-terapia-con-perros-adiestrados-para-victimas-de-violencia-de-genero.html (Accedido: 10-11-2020).
- EITB (2020), *‘Adiestramos perros para que aprendan a detectar el coronavirus a través del olfato’*, <https://www.eitb.eus/es/radio/radio-euskadi/programas/ganbaral/detalle/7518875/proyecto-kanary-adiestrar-perros-detectar-coronavirus-olfato/> (Accedido: 08-11-2020).
- EL CONFIDENCIAL DIGITAL (2020), *Primera condena a un taxista por no prestar servicio a un invidente que iba acompañado de su perro guía*. Disponible: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/Judicial/primera-condena-taxista-prestar-servicio-invidente-iba-acompanado-perro-guia/20201029172502179826.html> (Accedido: 01-11-2020).
- EL PAÍS (1999), *La Comunidad estudia prohibir a los particulares tener perros de defensa*. Disponible: https://elpais.com/diario/1999/09/29/madrid/938604262_850215.html (Accedido: 13-10-2020).
- EL PAÍS (2019), *El medallista paralímpico que se negó a ocultar a su perro guía en una pizzería*. Disponible: https://elpais.com/politica/2019/11/02/diario_de_espana/1572692805_217703.html (Accedido: 25-05-20).
- EL PAÍS (2019), *Los ‘pepos’ no son bienvenidos*. Disponible: https://elpais.com/elpais/2019/05/02/mujeres/1556794282_959790.html (Accedido: 18-06-20).
- EUSKALFALCON: <http://euskalfalcon-controlplagasaves.com/>.
- FERNÁNDEZ BUENO, Iván (2015), «Perros guía en la discapacidad visual», en COCO MARTÍN, María Begoña y HERRERA MEDINA, Joaquín (dirs.): *Manual de baja visión y rehabilitación visual*, Madrid: Editorial Médica Panamericana, 301-306.
- FUNDACIÓN AFFINITY (2017), *Fundación Affinity lleva por primera vez perros a los juzgados para ayudar a las víctimas de violencia de género*, Disponible: <https://www.fundacion-affinity.org/blog/fundacion-affinity-lleva-por-primera-vez-perros-los-juzgados-para-ayudar-las-victimas-de> (Accedido: 25-09-20).
- FUNDACIÓN AFFINITY: <https://www.fundacion-affinity.org/>
- FUNDACIÓN AQUALANDIA MUNDOMAR: <https://www.mundomar.es/fundacion/>
- FUNDACIÓN BOCALÁN: <https://bocalan.eu/>
- FUNDACIÓN MARISCAL. PROYECTO PEPOS: <https://toppercan.es/proyecto-pepo/>
- FUNDACIÓN ONCE DEL PERRO-GUÍA: (<https://perrosguia.once.es/es>)
- GOMES DA ROCHA, Jailson José (2019), «Laboralidade Animal: implicações ético-jurídicas», *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, núm. 45, 213-230. Disponible: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n45/1886-5887-bioetica-45-00213.pdf> (Accedido: 17-10-20).
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José (2015), «Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido», *Anuario Laboral*, BIB 2015\876. (Accedido 20-08-2020).

- GUARDIA CIVIL: <https://www.guardiacivil.es/es/institucional/serguacivil/centensenan/perros/index.html>
- GUARDIA REAL: <https://www.defensa.gob.es/guardiareal/Menu/Organizacion/GrupodeEscoltas/>
- HALCONEROSDECASTILLA: <https://www.halconerosdecastilla.com/>
- HEROESDE4PATAS: <https://www.heroesde4patas.org/>.
- HRIBAL, Jason (2014), *Los animales son parte de la clase trabajadora y otros ensayos*. Madrid: ochodoscuatro ediciones. Disponible: http://ochodoscuatroediciones.org/nueva/wp-content/uploads/2016/04/APCT_tripas_NOV15.pdf (Accedido: 7-05-2020).
- IAHAIO (2014), *La definición de IAHAIO para las intervenciones asistidas con animales y las directrices para el bienestar de los animales involucrados en las intervenciones asistidas con animales*. Disponible en: <https://iahaio.org/wp/wp-content/uploads/2019/06/iahaio-white-paper-spanish.pdf> (Accedido: 20-05-20).
- IBERIA: <https://www.iberia.com/es/viajar-con-iberia/animales/>
- LAOPINIONDEMALAGA (2020), *Los coches de caballos de Marbella dejarán de prestar servicio antes de 2023*. Disponible: <https://www.laopiniondemalaga.es/marbella/2020/10/21/coches-caballos-marbella-dejaran-prestar/1199049.html> (Accedido: 10-09-2020).
- LAVOZDEGALICIA (2017), *Madrid contará con perros para hacer terapias en colegios, hospitales y residencias de mayores*, <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2017/01/25/madrid-contara-perros-terapias-colegios-hospitales-residencias-mayores/00031485359366201465847.htm> (Accedido: 5-10-2020).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2007), *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, A Coruña: Netbiblo.
- MARTOS-MONTES, Rafael; ORDÓÑEZ-PÉREZ, David; FUENTE-HIDALGO, Inmaculada de la, MARTOS-LUQUE, Rafael y GARCÍA-VIEDMA, M.^a Rosario (2015) «Intervención asistida con animales (IAA): análisis de la situación», *España. Escritos de Psicología (Internet)*, Vol. 8, núm.3. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1989-38092015000300001 (Accedido: 13-06-20).
- MASQUEGUAU: <https://masqueguau.com/perros-especialistas/>
- METRO DE MADRID: <https://www.metromadrid.es/es/viaja-en-metro/reglamento-del-viajero/acceso-con-animales-domesticos-a-la-red-de-metro>
- MINISTERIO DE DEFENSA (2013), *Empleo del perro en defensa y seguridad: técnicas de adiestramiento e instrucción del guía canino*. Madrid: Ministerio de Defensa. Disponible: <https://publicaciones.defensa.gob.es/empleo-del-perro-en-defensa-y-seguridad-tecnicas-de-adiestramiento-e-instruccion-del-guia-canino.html> (Accedido: 7-11-2020).
- MINISTERIO DE DEFENSA: https://www.defensa.gob.es/cemilvetdef/CEMILCANDEF/especialidades_caninas/
- O'HAIRE, Marguerite E. y RODRIGUEZ KERRI E. (2018), «Preliminary efficacy of service dogs as a complementary treatment for posttraumatic stress disorder in military members and veterans» *J Consult Clin Psychol*, Vol. 86, núm. 2, 179-188. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29369663/> (Accedido 16-08-20).
- OROPESA ROBLEJO, Pedro; GARCÍA WILSON, Isis; PUENTE SANÍ, Ventura; MATUTE GAÍNZA, Yergenia (2009): «Terapia asistida con animales como fuente de recurso en el tratamiento rehabilitador», *MEDISAN*, vol. 13, núm. 6. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/3684/368448456014.pdf> (Accedido 3-07-20).
- PAZOS PÉREZ, Alexandre (2016), «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 11, 115-142.

- PÉREZ MERLOS, Eva (2018), *La mirada de los trabajadores en situación de discapacidad a nivel intelectual, en el artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Tesis Doctoral inédita, Murcia: Universidad de Murcia. Disponible: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/61260> (Accedido 15-08-20).
- POLICIA NACIONAL: https://www.policia.es/org_central/seguridad_ciudadana/unidades_especiales/Guias_caninos/guias_caninos.html
- PORCHER, Jocelyne (2017) *The Ethics of Animal Labor: A Collaborative Utopia*, Suiza: Springer Nature.
- RUBIO DE MEDINA, María Dolores (2013), «Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa española», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm.1.
- RYANAIR: <https://www.ryanair.com/es/es/informacin-util/centro-de-ayuda/ryanair-uk-terminos-y-condiciones>
- SANDOVAL, Gabriela. N. (2010), «Court Facility Dogs — Easing the Apprehensive Witness». *Colorado Lawyer*, Vol. 39, núm. 4, 17-23. <https://childrenslawoffice.com/pdf/court-facility-dogs.pdf> (Accedido 17-08-20).
- SERPELL, James A. (2003), «Animales de compañía y bienestar humano un análisis histórico del valor de las relaciones persona-animal» en AUBREY, H. Fine (Coord.): *Manual de terapia asistida por animales: fundamentos teóricos y modelos prácticos*, Barcelona: Fundación Affinity.
- SEVILLA.ABC (2020), *Un cochero ebrio abandona su coche de caballos en pleno centro de Sevilla*, Disponible: https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-cochero-ebrio-abandona-coche-caballos-pleno-centro-sevilla-202001270948_noticia.html (Accedido 26-09-20).
- TELEMADRID (2019), El Hospital Severo Ochoa de Leganés pone en marcha un proyecto de acompañamiento de pacientes con perros <http://www.telemadrid.es/noticias/madrid/Hospital-Severo-Ochoa-Leganés-acompañamiento-0-2138486131-20190709085405.html> (Accedido 10-05-20).
- TERAPIA CON PERROS Y CABALLOS CABALLCAN: <https://terapiaconperrosycaballoscaballcan.com/>
- TRIBUNASALAMANCA (2017), *El programa 'PEPO' llega a Salamanca: perros para proteger a víctimas de la violencia de género*. Disponible: <https://www.tribunasalamanca.com/noticias/el-programa-pepo-llega-a-salamanca-perros-para-protoger-a-victimas-de-la-violencia-de-genero/1510657602> (Accedido 14-07-20).
- UNIDAD MILITAR DE EMERGENCIAS: https://ume.defensa.gob.es/Galerias/Descargas/2013_11_08_eqcin.pdf
- VUELING: <https://www.vueling.com/es/servicios-vueling/prepara-tu-viaje/mascotas-a-bordo>
- WIZZ AIR: https://wizzair.com/static/docs/default-source/downloadable-documents/waad_gcc_final_es_es_68ce3963.pdf
- ZAMARRA SAN JOAQUÍN, María Pilar (2002), «Terapia asistida por animales de compañía. Bienestar para el ser humano», *Temas de hoy*, 143-149. Disponible: <http://www.psicoterapiaequina.cl/pdf/Terapia%20asistida%20por%20animales.pdf> (Accedido: 07-07-20).
- ZUGASTI, Manuel (2008), *Las aves en los aeropuertos: La utilización de la cetrería*, Madrid: Centro de Documentación y Publicaciones de AENA.

Egin-asmo ditugun aztergaiak

45. zk. Langileen estatutua: aldaketa aukerak
46. zk. Desberdintasunak. Giza garapen indizea

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
- 44. zbk.: Negoziazio kolektiboa eta lan osasuna eta segurtasuna

Próximos temas previstos

- N.º 45: Estatuto de los Trabajadores: Perspectivas de cambio
- N.º 46: Desigualdades. Índice de desarrollo humano

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
- N.º 44: Negociación colectiva y seguridad y salud en el trabajo

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, lerroarteko 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.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/information/authors

Estiloari buruzko oinarriko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideiaen 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 hurrenkera 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

En cuanto a la prevención de posibles malas prácticas, los autores deben garantizar que los trabajos entregados son originales e inéditos y deben evitar tanto el plagio como el autoplagio. Se entiende por plagio la presentación de un trabajo ajeno como propio; la inclusión de frases, conceptos o ideas de otros sin citar la procedencia o citando de manera incorrecta; el uso de citas literales o parafraseada sin indicar la fuente. El autoplagio es la reutilización redundante del trabajo propio, habitualmente sin citarlo de manera adecuada. Tenga presente que los manuscritos son sometidos a procesos de valoración de plagio a través del sistema Similarity Check.

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar las 25 páginas (Times New Roman, cuerpo 12 e interlineado sencillo), como norma general. En la medida de lo posible, se evitarán los dibujos, gráficos, figuras, tablas...

El artículo debe incorporar el ORCID del autor.

Los artículos se acompañarán 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, inglés y euskara si las autoras o autores tienen su residencia en la Comunidad Autónoma Vasca) que proporcionen una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su catalogación.

El título del artículo también figurará en inglés.

Los apartados y subapartados del artículo 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.

Para enviar un artículo deberá, en primer lugar, darse de alta como autor /a y después subir el artículo original en formato Word. Puede registrarse aquí, marcando la casilla de «Autor/a».

Para la revisión por pares externa según método doble ciego, los documentos enviados deben carecer de señas que identifiquen a las personas autoras; es decir, no deben estar firmados y en los metadatos del documento no debe haber mención a la autoría (en word 2019: Archivo > Comprobar si hay problemas > inspeccionar documento > Inspeccionar > Propiedades del documento e información personal > Quitar todo).

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.).

Para citas textuales breves insertas en el cuerpo del texto se utilizarán las comillas sin cursiva ni subrayado.

Las citas textuales 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 aquel en el que esté escrito el artículo, 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

La revista Lan Harremanak utiliza el estilo Harvard (autor-año) para citas bibliográficas del texto. 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).

La revista Lan Harremanak utiliza el estilo APA (American Psychological Association) para 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.

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/download/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