

# Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

# Harremanak

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

# 45

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES:  
PERSPECTIVAS DE CAMBIO

LANGILEEN ESTATUTUA:  
ALDAKETA AUKERAK

2021



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

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



MINISTERIO  
DE ECONOMÍA  
Y COMPETITIVIDAD



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

# 45

---

**ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES:  
PERSPECTIVAS DE CAMBIO**

**LANGILEEN ESTATUTUA:  
ALDAKETA AUKERAK**

erman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## CONSEJO EDITORIAL:

**Directora:** ENEA ISPIZUA DORNA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Secretario/a de Redacción:** ELISABETE  
ERRANDONEA ULAZIA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** ANA DOMÍNGUEZ MORALES,  
Universidad de Sevilla, España

**Vocal:** AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Vocal:** AMAIA INZA BARTOLOME,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** JON LAS HERAS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,  
Nord Universitet, Noruega

**Vocal:** BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA,  
Univadako Unibertsitatea, España

**Vocal:** MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ HERRERO,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** JOSE M. PEIRO,  
Universidad de Valencia, España

**Vocal:** ÓSCAR REQUENA MONTES,  
Universidad de Valencia, España

**Vocal:** AINHOA SAITUA-IRIBAR,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** SIMONA SOBOTOVICOVA,  
UPV/EHU y UPPA.

**Vocal:** MARINA SUSPERREGUI BARRÓS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Vocal:** EGUZKI URTEAGA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Vocal:** JON BERNAT ZUBIRI REY,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

## ARGITALPEN BATZORDEA:

**Zuzendaria:** ENEA ISPIZUA DORNA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Idazkaria:** ELISABETE  
ERRANDONEA ULAZIA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** ANA DOMINGUEZ MORALES,  
Sevillako Unibertsitatea, Espainia

**Kidea:** AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Kidea:** AMAIA INZA BARTOLOME,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** JON LAS HERAS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,  
Nord Universitet, Noruega

**Kidea:** BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA,  
Granadako Unibertsitatea, España

**Kidea:** MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ HERRERO,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** JOSE M. PEIRO,  
Valentziako Unibertsitatea, España

**Kidea:** ÓSCAR REQUENA MONTES,  
Valentziako Unibertsitatea, España

**Kidea:** AINHOA SAITUA IRIBAR  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** SIMONA SOBOTOVICOVA,  
UPV/EHU y UPPA.

**Kidea:** MARINA SUSPERREGUI BARRÓS,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

**Kidea:** EGUZKI URTEAGA OLANO,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

**Kidea:** JON BERNAT ZUBIRI REY,  
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/  
Euskal Herriko Unibertsitatea

## CONSEJO ASESOR:

ANGEL ELIAS ORTEGA, ex decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU)

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

JON BILBAO, Director de Relaciones Laborales de CONFEBASK

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

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

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

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

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 Laboral 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

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

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

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

## AHOLKULARITZA:

ANGEL ELIAS ORTEGA, Lan Harremanen eta Gizarte Langintza Fakultateko dekanoa ohia (UPV/EHU)

JAVIER ALONSO SANTOS, PRECO Lan Harremanen Kontseiluko koordinatzailea

JON BILBAO, CONFEBASK-eko Lan Harremanen zuzendaria

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, Historia Garaikideko katedraduna (UPV/EHU)

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, EAeko Justizi Auzitegi Nagusiko Gizarte Salako magistratua ohia

MARCELA ESPINOSA PIKE, Finantza Ekonomia eta Kontabilitate irakasle titularra (UPV/EHU)

LORENZO GAETA, Lan Zuzenbidearen irakasle katedraduna Sienako Unibertsitatean (Italia)

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norte-ko lehendakaria

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, Laneko eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna (UPV/EHU)

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegu, Lan Txertatze eta Berdintasun Saileko foru diputatua, Bizkaiko Foru Aldundia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langileak Kudeatzeko irakasle titularra

PHILIPPE MARTIN, director of research of CNRS - HDR of Bordeaux

JOSÉ LUIS MONEREO, Laneko eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna Granadako Unibertsitatean

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkariko zuzendari kidea eta UCMeko Soziologia irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatu irakasle titularra

GIANCARLO RICCI, Lan Zuzenbideko irakaslea Cataniako Unibertsitatean (Italia)

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskal Herriko Lan Elkarteen Elkartearen Komunikazio Burua (ASLE)

NEKANE SAN MIGUEL, Magistrada  
de la Audiencia Provincial de Bizkaia

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

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

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

NEKANE SAN MIGUEL,  
Bizkaiko Probintzia Auzitegiko magistratua

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko  
Soziologia irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUBIAUR, Madrilgo  
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

## AURKIBIDEA / ÍNDICE

<b>Presentación / Aurkezpena</b> . . . . .	9
--	---

### **Sección monográfica / Atal monografikoa**

<i>Análisis histórico del marco jurídico negocial en el estatuto de los trabajadores: de la inercia franquista y la añagaza sindical a los planes de igualdad</i> Mario Duque González . . . . .	14
<i>La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?</i> Josune López Rodríguez . . . . .	44
<i>Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales</i> Raquel Poquet Catala . . . . .	79
<i>Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios</i> Rafael Gómez Gordillo . . . . .	110
<i>Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores</i> Concepción Sanz Sáez . . . . .	138
<i>El debilitamiento de la fuerza sindical en la sociedad 4.0</i> Priscila Martín Vales . . . . .	162

### **Sección abierta / Atal irekia**

<i>Prosumo, alienación y explotación. Reflexiones en torno al trabajo digital</i> Mikel Barba Del Horno . . . . .	184
--	-----

<i>Impact of the union intervention in the matter of labor risks of psychosocial origin. A comparative study in Western Europe</i> Raúl Payá Castiblanque . . . . .	208
<i>Contenido preventivo en la negociación colectiva</i> Raquel Poquet Catala . . . . .	231
<i>La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo</i> Francisco Trujillo Pons . . . . .	257
<i>El Sistema Privado de Pensiones como obstáculo para la construcción de la Seguridad Social en los países subdesarrollados: Lecciones desde el caso peruano</i> Luis Alberto Quintana García . . . . .	276

### **Reseñas bibliográficas /**

<i>Reseña de Monereo Pérez, José Luis, Ojeda Avilés, Antonio, Gutiérrez Bengoechea, Miguel: Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones, Ediciones Laborum</i> Matthieu Chabannes . . . . .	308
<i>Reseña Kahale Carrillo, Djamil Tony (Dir.), El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020</i> Pelayo Jardón Pardo de Santayana . . . . .	313

## PRESENTACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores, en el momento de su aprobación era una norma que miraba en parte al pasado, tratando de salvaguardar en la medida de lo posible un sistema de relaciones laborales intervenido y paternalista, pero que incorporó grandes reivindicaciones de los trabajadores en especial en el terreno del Derecho colectivo. Hasta ahora, ese modelo ha sobrevivido gracias a las correcciones y modificaciones jurídicas e interpretaciones jurisprudenciales que se han ido introduciendo.

En marzo de 2020 se cumplieron ya 40 años desde que se aprobó el primer texto del Estatuto de los Trabajadores (ET) y se anunció la elaboración de un nuevo ET del siglo XXI. La reforma de dicho Estatuto ha sido anunciada en varias ocasiones por las fuerzas políticas que componen el actual Gobierno de coalición. El proceso de reformas de esta norma jurídica deberá estar encaminado a conseguir, entre sus objetivos, el de su modernización y mejor adecuación a las nuevas relaciones de trabajo. En estas nuevas relaciones de trabajo tienen un impacto fuerte las innovaciones tecnológicas que provocan mutaciones en las formas de prestar el trabajo. El nuevo Estatuto deberá buscar un equilibrio entre las exigencias de flexibilidad que el nuevo entorno competitivo impone a las empresas y la seguridad de los trabajadores y la calidad del empleo.

Hemos querido que el número 45 de *LAN HARREMANAK- Revista de Relaciones Laborales* sea una oportunidad para reflexionar sobre la evolución del Estatuto de los Trabajadores e incorporar algunas de las últimas modificaciones o novedades. Así en la 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 *Análisis histórico del marco jurídico negocial en el estatuto de los trabajadores: de la inercia franquista y la añagaza sindical a los planes de igualdad* del Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social y profesor Mario Duque González. Le sigue el

artículo titulado *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?* de la profesora Josune López Rodríguez. A continuación, presentamos el artículo *Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales* de la profesora Raquel Poquet Catala. En cuarto lugar, el artículo denominado *Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios* del profesor Rafael Gómez Gordillo. Le sigue el texto bajo el nombre *Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores* de la profesora Concepción Sanz Sáez. Por último, encontramos el artículo *El debilitamiento de la fuerza sindical en la sociedad 4.0: lectura del título II y III ET* de la abogada y profesora Priscila Martín Vales. En todo caso, son cuestiones de indudable interés para todos aquellos que quiera profundizar en el tema.

En la sección abierta presentamos cinco artículos: en primer lugar, presentamos el artículo *Prosumo, alineación y explotación. Reflexiones en torno al trabajo digital* del profesor Mikel Barba del Horno. En segundo lugar, le sigue el artículo *Impact of the union intervention in the matter of labor risks of psychosocial origin. A comparative study in Western Europe* del profesor Raúl Payá Castiblanque. En tercer lugar, aparece el artículo *Contenido preventivo en la negociación colectiva* de Raquel Poquet Catala. En cuarto lugar, presentamos el artículo denominado *La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo* del profesor Francisco Trujillo Pons. Finalmente, se presenta el artículo *El sistema privado de pensiones como obstáculo para la construcción de la Seguridad Social en los países subdesarrollados: Lecciones desde el caso peruano* del abogado Luis Alberto Quintana García.

Por último, en este número contamos con dos reseñas bibliográficas: por un lado, la reseña de Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A., Gutierrez Bengoechea, M.: *reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Ediciones Laborum, 2021 del investigador Matthieu Chabannes y, por otro lado, la de Kahale Carrillo, D.T., *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020 del profesor Pelayo Jardón Pardo de Santayana.

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 27 evaluadoras y evaluadores externos a la revista y también 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. 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. Respecto a las re-

señas bibliográficas y tal como se indica en las directrices de la revista, han sido evaluadas por dos editores/as de la revista y posteriormente, han sido aprobadas por el Consejo de Redacción.

Enea Ispizua Dorna  
La Directora  
30 de junio de 2021

## AURKEZPENA

Langileen Estatutua onartu zenean, hein batean iraganera begiratzen zuen araua zen. Lan harremanen sistema esku hartzaile eta paternalista ahalik eta gehien zaintzen saiatu zen, baina langileen aldarrikapen handiak jaso zituen, batez ere Zuzenbide kolektiboari dagokionez. Orain arte eredu honek indarrean iraun du sartu diren zuzenketa juridiko eta judizialki emandako ebazpen eta aldaketei esker.

2020ko martxoan, 40 urte bete ziren Langileen Estatutuaren (LE) lehen testua onartu zenetik eta XXI. mendeko LE berri baten garapena iragarri zen. Egun Koalizio Gobernuan dauden indar politikoez behin baino gehiagotan iragarri dute Estatutuaren erreforma. Arau juridiko honen erreforma prozesuak, bere helburuen artean, modernizazioa eta lan harreman berrietara hobeto egokitzea lortu nahi du. Lana egikaritzeko moduetan aldaketak eragiten dituzten berrikuntza teknologikoez eragin handia dute lan harreman berrietan. Estatutu berriak oreka bilatu behar du lehiakortasun ingurune berriek enpresei ezartzen dizkieten malgutasun baldintzetan eta langileen segurtasunaren eta enpleguaren kalitatearen artean.

*LAN HARREMANAK Aldizkariaren 45. zenbakia* Langileen Estatutuaren bilakaerari buruz hausnartzeko eta azken aldaketak edo berrikuntzak plazaratzeko aukera izatea nahi genuen. Honen ondorioz, ondorengo egileen lanak aurkeztu nahi dizkizuegu. Lehenengo, *Análisis histórico del marco jurídico negocial en el estatuto de los trabajadores: de la inercia franquista y la añagaza sindical a los planes de igualdad* artikulua duzue Mario Duque lan-ikuskatzaile eta irakaslearena. Bigarrenik, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?* dugu, Josune López Rodríguez irakaslearena. Hirugarrenik, *Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales* izeneko artikulua dugu, Raquel Poquet Catala irakaslearena. Laugarrenik, *Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios* aurkezten dizuegu Rafael Gómez Gordillo irakaslearena.

Bosgarrenik, *Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores* artikulua Concepción Sanz Sáez irakaslearena. Azkenik, *El debilitamiento de la fuerza sindical en la sociedad 4.0: relectura del título II y III ET* artikulua aurkezten dizuegu Priscila Martín Vales abokatu eta irakaslearena.

Atal irekian bost artikulua aurki ditzakezue: lehena, *Prosumo, alineación y explotación. Reflexiones en torno al trabajo digital* artikulua Mikel Barba Del Horno irakaslearena. Bigarrena, *Impact of the union intervention in the matter of labor risks of psychosocial origin. A comparative study in Western Europe* Raúl Payá Castiblanque irakaslearena. Hirugarrena, *Contenido preventivo en la negociación colectiva* izeneko artikulua, Raquel Poquet Catala irakaslearena. Laugarrena, *La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo* artikulua, Francisco Trujillo Pons irakaslearena. Eta azkena, *El sistema privado de pensiones como obstáculo para la construcción de la Seguridad Social en los países subdesarrollados: Lecciones desde el caso peruano*, Luis Alberto Quintana García abokatuarena.

Bukatzeko, zenbaki honetan bi aipamen bibliografiko ditugu: batetik, *Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A., Gutierrez Bengoechea, M.: reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Ediciones Laborum, 2021, Matthieu Chabannes ikerlariarena. Bestetik, *Kahale Carrillo, D.T., El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020, Pelayo Jardón Pardo de Santayana irakaslearena.

41.zenbakitik aurrera (barne) LAN HARREMANAK aldizkariak kanpoko *peer review* (ebaluatzaileak) erabiltzen ditu eta horrela izan da oraingo zenbakian ere, aldizkaria argitaratzen duen EHU/UPVko Lan Harremanen eta Gizarte Langintzaren Fakultateaz kanpoko 27 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. Ezarritako aldizkariaren politikei jarraituz, artikulua bakoitzaren argitalpena ebaluatu duten pertsona gehienen oniritziarekin baino ez da gauzatzen, bi ebaluazio positiborekin.

Enea Ispizua Dorna  
Zuzendaria  
2021ko ekainaren 30a

# ANÁLISIS HISTÓRICO DEL MARCO JURÍDICO NEGOCIAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: DE LA INERCIA FRANQUISTA Y LA AÑAGAZA SINDICAL A LOS PLANES DE IGUALDAD

*Historical analysis of the legal bargaining framework in the workers' statute: from Franco's inertia and union deception to equality plans*

MARIO DUQUE GONZÁLEZ\*

Inspector de Trabajo y Seguridad Social en Bizkaia; Universidad del País Vasco, España

## RESUMEN

En el presente estudio se realiza un análisis histórico del marco normativo español de negociación colectiva para intentar encontrar las razones por las que se ha perpetuado en España el sistema de convenios colectivos de eficacia general ex ante. Razones que deberían llevar a una profunda reflexión y revisión del sistema, sobre todo teniendo en cuenta la actual regulación sobre los planes de igualdad.

Palabras clave: negociación colectiva, convenio colectivo, planes de igualdad.

## ABSTRACT

*In this study, a historical analysis of the Spanish regulatory framework for collective bargaining is carried out to try to find the reasons why the system of collective agreements of general ex ante effectiveness has been perpetuated in Spain. Reasons that should lead to a deep reflection and review of the system, especially taking into account the current regulation on equality plans.*

Keywords: collective bargaining, collective agreement, equality plans.

\* **Correspondencia a:** Mario Duque González. Facultad de Relaciones Laborales, Barrio Sarriena s/n, 48940 Leioa, Bizkaia, España. — [mario.duque@ehu.eus](mailto:mario.duque@ehu.eus) — <https://orcid.org/0000-0001-8748-0219>

**Cómo citar:** Duque González, Mario. (2021). «Análisis histórico del marco jurídico negocial en el estatuto de los trabajadores: de la inercia franquista y la añagaza sindical a los planes de igualdad»; *Lan Harremanak*, 45, 14-43. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22808>).

Recibido: 14 mayo, 2021; aceptado: 17 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

El objetivo de este estudio es analizar desde el punto de vista histórico las razones por las cuales en España se ha mantenido, y se pretende seguir manteniendo, un marco regulatorio de la negociación colectiva que ha generado, y sigue generando, profundos problemas, tanto socioeconómicos como jurídicos, sobre todo en relación con los principios de libertad sindical, y que no es capaz de dar solución a los grandes retos a los que se enfrenta la sociedad española en el siglo XXI, entre ellos la igualdad efectiva, y real, entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Y en la comprensión de las razones quizás se puedan encontrar también las posibles soluciones.

En España la Ley otorga al Convenio que cumpla una serie de requisitos eficacia *erga omnes*, obligando simultáneamente a todos los empresarios y a todos los trabajadores de la rama profesional o sector económico del ámbito de negociación, con independencia de que estén afiliados o no a las organizaciones pactantes. Se configura así un sistema que se ha venido a denominar de eficacia general *ex ante* (Valdés Dal-Ré, 1979: 498, 1990: 272, 1994: 260; Alonso García, 1980: 38-41), con base en el cual, a diferencia de los países de nuestro entorno (Molero Manglano, 1996: 534-540; Valdés Dal-Ré, 1990: 273-274; Borrajo Dacruz, 2014: 365-366), los convenios que se negocien siguiendo las reglas del Título III ET adquieren, *per sé*, y sin necesidad de acto administrativo alguno, más que la mera publicación, el carácter de convenios de eficacia general *erga omnes* frente a todos los trabajadores y empresarios situados en el ámbito de negociación, hayan estado o no representados en él, presumiéndose a estos efectos, si se puede decir de esta manera, su representación indirecta a través del criterio de la mayor representatividad, configurado en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical (Duque González, 2020: 261).

Las partes, una vez que han seguido las normas del Título III ET, o que al menos han creído seguirlas, comunican su acuerdo a la autoridad laboral y esta debe publicarlo, con independencia de que considere que no reúne los mencionados requisitos, en cuyo caso hará una anotación en el registro debiendo proceder a su impugnación ante los Tribunales. Aquí es donde reside en esencia el sistema *ex ante*, y es que a la administración y a la sociedad se les impone un convenio colectivo de eficacia general sin que el poder público tenga más opciones que aceptarlo de inicio, sin perjuicio de que después pueda ser impugnado (Duque González, 2020: 261).

Por otro lado, los trabajadores y empresarios que no forman parte del acuerdo, pero que están afectados por él, carecen de opción alguna de presentar alegaciones o impugnar judicialmente el convenio, porque no se les considera *terceros*, lo cual significa que, a todos los efectos, se les considera como *sujetos representados* en ese convenio. El artículo 165. 1 b) de la Ley de la Jurisdicción So-

cial<sup>1</sup>, que es el que regula esta cuestión, surgió con el objeto de bloquear la doctrina del Tribunal Central de Trabajo que sí los consideraba terceros (Monero Pérez *et al.*, 2015: 236). Este movimiento de blindaje legislativo fue avalado tanto por la jurisprudencia constitucional<sup>2</sup> como por la ordinaria<sup>3</sup>.

Y, como contrapunto, el convenio colectivo sindical suscrito al margen del Estatuto de los Trabajadores, y basado en la libre negociación colectiva y en la libertad sindical, siempre ha sido denostado, e incluso perseguido, hasta el punto de que, al no contar con ningún tipo de regulación ni amparo legal, tuvo que ser la jurisprudencia, tanto ordinaria<sup>4</sup> como constitucional<sup>5</sup> la que declarara su validez, y que disponen de eficacia limitada al ámbito de representación de las partes contratantes. Debido a esta situación, además, la naturaleza jurídica y la eficacia de este tipo de convenios, denominados *extraestatutarios*, es objeto de un amplio debate, tanto doctrinal como jurisprudencial: la tentación de considerarlo un mero contrato por parte de la jurisdicción ordinaria<sup>6</sup> choca irremisiblemente con la exigencia constitucional de que la Ley garantice su fuerza vinculante, como convenio colectivo que es, tal y como sentencia el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>. Una discusión que tiene suma relevancia en lo que afecta a la automaticidad e imperatividad de su contenido sustantivo, sin necesidad de recepción contractual (Camps Ruíz, 2000: 106-107; Fernández Domínguez, 2008: 988-989).

Este modelo, que impera en España, constituye una diferencia sustancial respecto al resto de países europeos, donde la regla general (o mínima) es la eficacia limitada del convenio, sin perjuicio de la articulación de procedimientos de extensión de efectos de carácter administrativo *ex post* (Valdés Dal-Ré, 1990: 273-274; Monero Pérez *et al.*, 2015: 246-247). Concretamente el modelo español

<sup>1</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de octubre de 2011, n.º 245. En adelante LJS.

<sup>2</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 81/1990 de 4 de mayo; n.º 10/1996 de 29 de enero; n.º 12/1996 de 29 de enero; n.º 56/2000 de 28 de febrero y n.º 157/2002 de 16 de septiembre.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002, roj. 8857/2002.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000, roj. 3273/2000; y de 4 de diciembre de 2000, roj. 8908/2000. En adelante TS.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 108/1989, de 8 de junio (F. J. 2), en donde se hace una férrea defensa del convenio extraestatutario señalando que no está prohibido, y que en ningún caso puede considerarse *per se* como antisindical, ya que no supone impedimento alguno al inicio de una negociación estatutaria. Si su mera existencia puede ser un obstáculo para llegar a acuerdos de este carácter, ello en ningún caso puede ser imputable a las partes pactantes, las cuales son libres de aceptar o rechazar las condiciones propuestas; Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 184/1991, de 30 de septiembre (F. J. 4), que otorga el amparo por excluir de la negociación posterior al sindicato que no firmó el convenio extraestatutario, pero no por fraude de ley ni abuso de derecho del convenio extraestatutario.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1997, roj. 392/1997.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 58/1985 de 30 de abril (F. J. 3); Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 121/2001 de 4 de junio.

sólo es compartido en la Unión Europea por países como Polonia y Malta (Cruz Villalón, 2019: 319). Y se puede afirmar también que es un sistema completamente atípico en los sistemas democráticos (Duque González, 2018: 858-864).

Es indudable que se puede hablar de una idiosincrasia propia de las relaciones colectivas en España, inspirada en una fuerte idea de solidaridad, heredada de antiguos regímenes corporativistas que hunden sus raíces en el mismísimo siglo XIX, y que se reinventan en el siglo XX. Una concepción derivada de una mezcla de tradición, sacrificio y resignación individual, que hace que la asociación para la defensa mutua, incluso la interposición de colectividades con facultad de regulación se viera, incluso en los albores de las doctrinas liberalistas, como algo normal. Una concepción que se plasma con toda claridad a lo largo de toda la historia jurídico-laboral de nuestro país, que no se observa en ningún otro país de nuestro entorno y que tiene amplias consecuencias (Duque González, 2018: 859).

## 2. Claves del siglo XIX para entender nuestra historia negocial

Es casi una historia común de la Europa continental (y que marca una diferencia fundamental con el Reino Unido) el hecho de que la burguesía accediera al poder con la ayuda de las clases más desfavorecidas y de manera simultánea al nacimiento del movimiento obrero como tal, lo cual provocó un movimiento de repliegue de la burguesía hacia planteamientos conservadores que a su vez incluyen, de inicio, la necesidad de intervención estatal para evitar el conflicto social (Escudero, 1995: 842-843; Piqueras Arenas, 1992: 20-21; Borrajo Dacruz, 2014: 148), ya sea mediante la represión, ya sea mediante su intento de canalización hacia formas «domesticadas» (Alarcón Caracuel, 1975: 52).

En España, esta realidad se enmarca en un siglo sumamente convulso, con una gran polarización, que tiene como máximo exponente el anarquismo español, fenómeno absolutamente original en occidente (De la Cierva, 1998: 580) y que será determinante a la hora de definir las relaciones colectivas, tanto por la dificultad de articular procedimientos de negociación constructivos, como por la consecuente búsqueda de soluciones paritarias, totalmente intervencionistas, para la canalización del conflicto. Y todo ello en un marco cultural esencialmente tolerante y respetuoso hacia el asociacionismo, que se refleja en múltiples hitos.

En primer lugar, es significativo que en España no hubiera una supresión del gremio como tal, sino que simplemente se suprimieron los privilegios y monopolios a su favor (Martín Valverde, 1987: xxxii). E incluso cuando finalmente desapareció, dejó un vacío institucional que se intentó llenar manteniendo instituciones de protección del s. XVIII, tales como Montes de Piedad, Diputaciones de pobres...etc (Borrajo Dacruz, 2014: 139-141). Quizás por ello la supresión del gremio tampoco llevó, en un primer momento, a la prohibición automática de la

coalicación obrera, sino que se produjo en una fase posterior (Alarcón Caracuel, 1975: 41, 80-83, 88-90; Martín Valverde, 1987: xxxvii- xxxix, xli-xlii; García Becedas, 1993: 36, 83-84; Molero Manglano, 1996: 180, 606; Borrajo Dacruz, 2014: 150-151; Bayón Chacón, 1976: 51; Termes Ardévol, 1965: 10,19).

Cuando comienza la despenalización también hay una diferencia sustancial, y es que, mientras que en otros países primero se legalizaron los medios de conflicto (huelga) y después la asociación, en nuestro país, en cambio, lo primero que se legalizó fue la asociación en sí misma considerada (Martín Valverde, 1987: xli-xliii; Alarcón Caracuel, 1975: 273-286). Además, la despenalización efectiva en España se produjo por vía interpretativa, a través de las circulares de la fiscalía del Tribunal Supremo (Molero Manglano, 1996: 607; Alarcón Caracuel, 1975: 271-273; Bayón Chacón, 1976: 60; Martín Valverde, 1987: lix; Serrano Carvajal, 1968: 156; Gallart Folch, 1932: 196), lo cual deja constancia de la diferente concepción que había, y que hay, en España sobre las doctrinas del libre comercio.

En segundo lugar, la negociación colectiva nacía y se desarrollaba, no sólo en la clandestinidad, sino también con un reconocimiento muy temprano de las autoridades públicas (Burriel Rodríguez, 2011: 81,34-40; Carreras *et al.* 2005: 1185; Alarcón Caracuel, 1975: 96-97; Bayón Chacón, 1976: 58; De la Calle, 1989: 306), que desde el principio optaron por el intervencionismo para canalizar conflicto (García-Perrote Escartín, 1987: 23-29). Gallart Folch (1932: 183-185) dejó constancia del fracaso de estos primeros pasos de la negociación colectiva, tanto por la falta de disciplina de los sindicatos como por el sentido excesivamente revolucionario de los mismos. También resaltó que los ensayos intentados, sobre todo en Cataluña, para conseguir la canalización jurídica de las contendas sociales no se orientaron hacia la regulación convencional, sino hacia soluciones paritarias, articuladas en Jurados Mixtos, figura que se había intentado instaurar desde 1855 (De la Calle, 1989: 306-310).

### 3. La definitiva consolidación del régimen corporativo durante el siglo xx

A principios del siglo xx se comenzó en España, como en otros países europeos (Duque González, 2018: 823-837), a intentar aplicar el Código Civil al convenio hecho por asociaciones o agrupaciones obreras (Gallart Folch, 1932: 196). Y, paralelamente, empezaron a dictarse normas sociales que remitían a la negociación colectiva para su flexibilización o exceptuación, concretamente a «acuerdos legítimamente adoptados, según estatutos de gremios o asociaciones que tengan existencia jurídica»<sup>8</sup>. En España, desde el principio se exigió que el

---

<sup>8</sup> Ley de 3 de marzo de 1904, de descanso en domingo. *La Gaceta de Madrid*, 4 de marzo de 1904, n.º 64; Reglamento para la aplicación de la Ley de 3.º de marzo de 1904 sobre descanso en

pacto fuera precedido de votaciones en el seno de las asociaciones que hubieran de celebrarlo, tanto de patronos como de obreros, en los que la mayoría debía mostrarse a favor del pacto; además, el Gobernador debía aprobar el acuerdo, y también podía declarar su nulidad; finalmente se ordenaba su publicación en el Boletín Oficial, «para que la minoría de patronos y de obreros a los que la mayoría impone su voluntad los conozcan». De manera paralela, también surgieron multitud de convenios colectivos que se suscribieron al margen de la regulación legal (Burriel Rodríguez, 2011: 65-80).

Pese a todo ello, según Gallart Folch (1932: 186-187), el desarrollo de la negociación colectiva era pobre y lento, debido, sobre todo, a la falta de sentido de responsabilidad en las representaciones sindicales obreras y patronales, y al clima de desconfianza reinante, lo cual hizo que el conflicto se acabara desbordando, tal y como señala Martín Valverde (1987: lxxiii).

Más adelante, por Decreto de 11 de octubre de 1919 se creó la Comisión Mixta de Trabajo de Cataluña y por Real Decreto de 24 de abril de 1920 se creó la Comisión Mixta de Trabajo para el Comercio de Barcelona (Serrano Carvajal, 1968: 162; Bayón Chacón, 1976: 73-75). Se trataba de órganos paritarios que se configuraban como el soporte orgánico de una negociación colectiva considerada como el «modelo normal» de relación entre empresarios y trabajadores de un determinado sector de actividad. Esta experiencia se consideró un ensayo que, de dar buenos resultados, se extendería al resto del territorio, como efectivamente ocurrió, con mucha más «aparatosidad institucional e ideológica», con la creación de la Organización Corporativa Nacional en 1926 (Martín Valverde, 1987: lxx-lxxi).

Por otro lado, el hecho de que España no participara en ninguna de las dos contiendas mundiales tuvo consecuencias directas en aspectos tan importantes como la participación obrera en las fábricas y en los centros de trabajo, la cual se desarrolló con fuerza en la I Guerra Mundial para mantener relaciones cordiales con los trabajadores. En España, sin embargo, la patronal siempre fue muy reticente, y la reticencia acabó en rechazo frontal cuando las asociaciones obreras se radicalizaron tras el fin de la guerra mundial, y se produjeron las revoluciones de Rusia, Alemania, Hungría y las ocupaciones de fábricas en Italia (Del Rey Reguillo, 1992: 427-433).

Posteriormente, la falta de interlocutores para la negociación acabó siendo un problema, hasta el punto de que una parte significativa de la patronal, principalmente las organizaciones catalanas y la Confederación Patronal Española, fueron favorables a la sindicación obligatoria (Del Rey Reguillo, 1992: 416-418).

---

domingo. *La Gaceta de Madrid*, 21 de abril de 1905, n.º 111; Real Orden de 26 de junio de 1907. *La Gaceta de Madrid*, 28 de junio de 1907, n.º 179; Real Orden de 15 de junio de 1908. *La Gaceta de Madrid*, 20 de junio de 1908, n.º 172.

### 3.1. La dictadura de Primo de Rivera

Al poco tiempo de instaurarse el régimen de Primo de Rivera, la patronal presentó un programa de contrarreformas en el que, además de derogar las leyes protectoras y la Inspección de Trabajo, se propuso reglamentar la constitución y funcionamiento de las asociaciones patronales y obreras para implantar una sindicación profesional controlada desde el poder público (Del Rey Reguillo, 1992: 445-446).

Las medidas normativas adoptadas durante la dictadura en el ámbito de la sindicación y la negociación colectiva comenzaron con el Reglamento de la Ley de Asociaciones de 1887, aprobado por Real Decreto de 10 de marzo de 1923<sup>9</sup>, en el cual se estableció la obligación de registro de todas las asociaciones ante el Gobernador Civil de cada provincia, a efectos de su control jurídico y económico-financiero, pudiendo incluso practicarse inspecciones sobre las mismas.

Más tarde se dictó el Real Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926, por el que se instauró la Organización Corporativa Nacional<sup>10</sup>, régimen que se autoproclamó «heredero del espíritu corporativo gremial». Estos Comités se elegían por el voto de patronos y de obreros en el colegio electoral de su propia organización sindical, como módulo general de organización profesional que, a partir de ese momento, dejaba de ser coyuntural (Gallart Folch, 1932: 194; Bayón Chacón, 1976: 73-75). Los Comités Paritarios se institucionalizaron como estructuras suprasindicales, bajo la fórmula de sindicación libre y corporación obligatoria (Serrano Carvajal, 1968: 164; Martín Valverde, 1987: lxxxv; Monero Pérez *et al.*, 2015: 36-37).

La fuerza obligatoria de los acuerdos adoptados en el seno de estas Comisiones era imperativa y general, ya que asumían el carácter de disposiciones de organismos públicos, tal y como se establecía en la Real Orden de 9 de abril de 1928 (Gallart Folch, 1932: 194; Burriel Rodríguez, 2011: 121). La figura del convenio colectivo quedó relegada a un segundo plano, aunque, en el caso de remisión legislativa, estos convenios también serían obligatorios «para todo el gremio, ramo u oficio de que se trate»<sup>11</sup>, confirmando así su eficacia *erga omnes* (Gallart Folch, 1932: 194; Bayón Chacón, 1976: 73-75; Burriel Rodríguez, 2011: 117).

<sup>9</sup> Real Decreto de 10 de marzo de 1923. *La Gaceta de Madrid*, 11 de marzo de 1923, n.º 70.

<sup>10</sup> Real Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926. *La Gaceta de Madrid*, 27 de noviembre de 1926, n.º 331.

<sup>11</sup> Real Decreto-Ley de 8 de junio de 1925 (de descanso dominical). *La Gaceta de Madrid*, 9 de junio de 1925, n.º 160; Reglamento de 17 de diciembre de 1926 para la aplicación del Real Decreto-Ley de 8 de junio de 1925, relativo al descanso dominical. *La Gaceta de Madrid*, 22 de diciembre de 1926, n.º 356; En el artículo 9 del Real Decreto-Ley de 8 de junio de 1925 se establecía la posibilidad de ampliar el descanso establecido en la Ley en cada gremio o industria mediante *acuerdos legítimamente adoptados por los elementos patronales y obreros*. En su artículo 54 procede a *subrogar* a los Comités Paritarios en la facultad reservada en el Real Decreto-Ley a los elementos patronales y obreros para la ampliación de sus preceptos, y en caso de desacuerdo en el seno del Comité resolvería la Delegación local del Consejo de Trabajo conforme a su artículo 55. Aun así, el propio reglamento también se remite en algunos casos a acuerdos colectivos como en el artículo 23 relativo a la industria de la pesca.

Siguiendo a Burriel Rodríguez (2011: 119,126-127), el resultado fue que los acuerdos de los Comités Paritarios llegaron a afectar a un millón de trabajadores, que representaban el 15% del total. Las huelgas pasaron de 458 en 1923 a 96 en 1929, de las cuales el 26% fueron resueltas por los órganos corporativos, y la CNT pasó a la clandestinidad mientras la UGT colaboraba en el «montaje gubernamental». A pesar de todo ello, tal y como indica la autora, también hubo convenios colectivos pactados al margen de la Organización Corporativa Nacional.

### 3.2. La II República española

La Constitución de 1931<sup>12</sup> definió a España como una «República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia». Y en su artículo 39 se estableció la libertad sindical y la inscripción obligatoria de los sindicatos y asociaciones en un registro público.

La normativa clave en materia de negociación colectiva comenzó, como es habitual en España, con una norma sobre jornada de trabajo, que preveía diversos modos de excepción negociada a los máximos marcados por ella, pero subordinando el pacto colectivo a lo establecido en, o a la autorización de, las Comisiones Paritarias, que continuarían su labor en cualquier caso<sup>13</sup>.

Después se aprobó la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931<sup>14</sup>, en la que por vez primera se regularon, aunque de manera indirecta, las fuentes del Derecho laboral, de tal manera que, conforme a su artículo 3, en defecto de pacto expreso

se tendrán por condiciones del contrato las determinadas por las leyes, por las bases o normas del trabajo adoptadas por los organismos paritarios profesionales legalmente autorizados y por los pactos colectivos celebrados entre Asociaciones Profesionales, o en defecto de éstos, por los usos y costumbres de cada localidad...

Así mismo, en su artículo 9, se establecía que, aunque el contrato se regía por la voluntad de las partes libremente manifestada, esta debía respetar, en todo caso, y por este orden,

---

<sup>12</sup> Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931. *La Gaceta de Madrid*, 10 de diciembre de 1931, n.º 344.

<sup>13</sup> Decreto de 1 de julio de 1931, sobre la jornada máxima de trabajo. *La Gaceta de Madrid*, 2 de julio de 1931, n.º 183. Corregido por Decreto de 3 de julio de 1931. *La Gaceta de Madrid*, 4 de julio de 1931, n.º 185. Transformado en Ley por Ley de 9 de septiembre de 1931. *La Gaceta de Madrid*, 10 de septiembre de 1931, n.º 253.

<sup>14</sup> Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo. *La Gaceta de Madrid*, 22 de noviembre de 1931, n.º 326.

las disposiciones legales, las bases del trabajo y acuerdos de los Jurados Mixtos o Comisiones Paritarias legalmente reconocidas al efecto, los pactos colectivos celebrados por las Asociaciones Profesionales acerca de las condiciones del trabajo en sus ramos, industria o demarcación.

Y, simultáneamente, se aprobó la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931<sup>15</sup>.

Martín Valverde (1987: lii, lxxxiii, ci) asegura que la importancia de los pactos colectivos fue mucho menor que la de las bases del trabajo. En este sentido indica que, aunque en la II República es cuando aparece una negociación colectiva voluntaria o «negociación colectiva libre», lo que se abre es «un espacio muy estrecho» al coexistir esta, en una posición subordinada, con la negociación colectiva desarrollada en los Jurados Mixtos. Bayón Chacón (1976: 77) señala que «el convenio colectivo puro se encontraba encajonado, como aprisionado, entre otras dos series normativas utilizadas: bases del trabajo y acuerdos intervenidos». Borrajo Dacruz (2014: 372-373) resalta que la II República «mantuvo el sistema corporativista».

Los principales autores, y organismos como la OIT, que han estudiado la historia de la negociación colectiva en nuestro país, coinciden en señalar que la libre negociación colectiva fue asfixiada, anulada e incluso falseada por el establecimiento de fórmulas paritarias de carácter corporativo-estatal, tendencia que se mantuvo incluso durante la II República (Martín Valverde, 1987: lii, lxxxiii, c-ci; García-Perrote Escartín, 1989: 29-39,49; Bayón Chacón, 1976: 77-79; Borrajo Dacruz, 2014: 145, 371-373; Monero Pérez *et al.*, 2015: 36-37; Gallart Folch, 1932: 186-193; Molero Manglano, 1996: 473; OIT, 1969: 103,108).

Borrajo Dacruz (2014: 373) concluye que, a la altura de 1938, fecha de promulgación del Fuero del Trabajo, España desconocía prácticamente la negociación entre los interesados de las condiciones de trabajo, pero en cambio tenía cierta tradición el sistema de regulación por el Estado, bien directamente con sus leyes y disposiciones oficiales, o bien mediante organismos paritarios, pero de carácter jurídico-público, investidos de *potestas normandi* por obra de la Ley, y para ser ejercida dentro del marco fijado por la legislación estatal y bajo el control, más o menos intenso, de las autoridades gubernativas laborales.

---

<sup>15</sup> Ley de 27 de noviembre de 1931, de Jurados Mixtos. *La Gaceta de Madrid*, 28 de noviembre de 1931, n.º 332. En su artículo 2 se definen los Jurados Mixtos como *instituciones de derecho público encargadas de regular la vida de la profesión o profesiones y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje en los grupos profesionales* que se preestablecían en la propia Ley.

### 3.3. La Dictadura

#### a) *La época autárquica*

Una vez concluida la guerra civil se aprobaron las Leyes de Unidad Sindical de 26 de enero de 1940<sup>16</sup> y de Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940<sup>17</sup>, con base en las cuales se creó un sindicalismo vertical articulado como corporación de derecho público, bajo los principios de unidad, totalidad y jerarquía (Monero Pérez *et al.*, 2015: 37; Molero Manglano, 1996: 215-216).

Posteriormente se aprobó el Decreto Orgánico de Reglamentación del Trabajo de 21 de marzo de 1941, que se consolidó con la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942<sup>18</sup>, todo ello en desarrollo de la D. III. 4 del Fuero del Trabajo, configurando la competencia, exclusiva y excluyente, del Estado en esta materia (Alonso Olea, 1955: 138-139; Del Peso y Calvo, 1968: 184-185; Bayón Chacón, 1976: 81-83). En la Ley del Contrato de Trabajo de 1944<sup>19</sup> se suprimió toda referencia al pacto colectivo (Alonso Olea, 1955: 19, 138-139; García-Perrote Escartín, 1989: 53).

De este modo los *reglamentos del trabajo* sustituyeron a las *bases del trabajo* de la República, actuando como un instrumento rígido y único de determinación de las condiciones laborales en los diversos sectores productivos, reservándose de forma exclusiva y excluyente la fijación de rentas salariales (Mercader Uguina, 1994: 31-32).

#### b) *La época de apertura*

Las necesidades económicas propiciaron la aprobación de la Ley de Convenios Colectivos de 1958<sup>20</sup> (García Becedas, 1993: 148; Molero Manglano, 1996: 476). Esta regulación se completó con el Decreto de 20 de septiembre de 1962 sobre conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas<sup>21</sup>, en el que se regulaba el conflicto cuando no existía un convenio colectivo sin-

<sup>16</sup> Ley de 26 de enero de 1940, de unidad sindical. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de enero de 1940, n.º 31.

<sup>17</sup> Ley de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de diciembre de 1940, n.º 342.

<sup>18</sup> Ley de 16 de octubre de 1942, por la que se establecen normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de octubre de 1942, n.º 296.

<sup>19</sup> Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de febrero de 1944, n.º 55.

<sup>20</sup> Ley de 24 de abril de 1958, sobre convenios colectivos sindicales. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de abril de 1958, n.º 99.

<sup>21</sup> Decreto 2354/1962 de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas del trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de septiembre de 1962, n.º 229.

dical, creándose Juntas de Conciliación Sindical para negociarlo (Montoya Melgar, 1968: 71-72; De la Villa Gil, 1968: 97; Del Peso y Calvo, 1968: 188-189).

Con esta Ley se quebraron las bases del sindicalismo oficial, ya que se asumía la existencia de intereses contrapuestos (Monero Pérez *et al.*, 2015: 39; Bayón Chacón, 1968: 10-11). No obstante, se trataba de un régimen de contratación colectiva *injertado* en las estructuras organizativas de la Organización Sindical, de tal manera que las normas de los convenios colectivos tenían el carácter de subordinadas y complementarias (Rivero Lamas, 1979: 23; Bayón Chacón, 1976: 83-87). Borrajo Dacruz (2014: 164) califica este sistema de «modelo corporativo» con convenios de eficacia normativa, eficacia general *erga omnes* y suscritos en el seno de la Organización Sindical.

Más tarde se aprobó la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo de 1973<sup>22</sup>, por la que se modificó la Ley de 1958 (García-Perrote Escartín, 1989: 72; García Becedas, 1993: 148; Borrajo Dacruz, 2014: 373). La Ley de 1973 sustituyó la autorización administrativa por la homologación e impuso un arbitraje obligatorio ante la falta de acuerdo (Bayón Chacón, 1976: 87-89; Molero Manglano, 1996: 217, 476-477). Así mismo, su artículo 6.1 refirió, del mismo modo que la Ley de 1958, la fuerza normativa de los convenios colectivos sindicales (García-Perrote Escartín, 1989: 72). La jurisprudencia lo calificará de norma jurídica y de fuente del Derecho<sup>23</sup>.

### 3.4. La transición política<sup>24</sup>

En esta etapa se aprobó la Ley de Relaciones Laborales de 1976<sup>25</sup>, el Real Decreto-Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo<sup>26</sup>, la Ley de Asociación Sindical de 1 de abril de 1977<sup>27</sup>, y el Decreto de 6 de diciembre de 1977 de elección de representantes unitarios en las empresas (Molero Manglano, 1996: 306).

<sup>22</sup> Ley 18/1973 de 19 de noviembre de Convenios Sindicales de Trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de enero de 1974, n.º 3.

<sup>23</sup> El autor cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1964 y de 24 de diciembre de 1964.

<sup>24</sup> La transición política comenzó el 20 de noviembre de 1975, fecha del fallecimiento de Franco, a partir de la cual se pusieron en acto las *previsiones sucesorias*, finalizando el 29 de diciembre de 1978, fecha de publicación y entrada en vigor de la Constitución Española (García Becedas, 1993: 173-186).

<sup>25</sup> Ley 16/1976 de 8 de abril, de Relaciones Laborales. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 1976, n.º 96. En adelante LRL.

<sup>26</sup> Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones del trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de marzo de 1977, n.º 58. En adelante RDLRT.

<sup>27</sup> Ley 19/1977 de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de abril de 1977, n.º 80.

En el plano internacional se ratificaron los Convenios n.º 87<sup>28</sup> y 98<sup>29</sup> de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>30</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>31</sup>, el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>32</sup> y la Carta Social Europea<sup>33</sup>.

La Ley de Convenios Colectivos de 1973, en la redacción dada por el RDLRT, estableció en su artículo 27 que los convenios colectivos tenían fuerza normativa y obligaban por todo el tiempo de su vigencia, y con exclusión de cualquier otro, a la totalidad de empresarios y trabajadores *representados* comprendidos en su ámbito de aplicación. Es decir que, en plena transición, se configuró un marco jurídico de convenios colectivos de eficacia limitada (Borrajo Dacruz, 2014: 373).

Esta regulación supuso, según Alonso García (1980: 37), el «abandono del sistema corporativista y la ruptura con la concepción del sindicato como ente de Derecho Público», representativo, por sí mismo, del sector de actividad, profesión u oficio. Además, suponía «desplazar el punto de inflexión de la función reguladora de las condiciones de trabajo de la potestad ordenadora del Estado a la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales», elevando a un primer plano «la voluntad concorde de éstos, sindicatos obreros y asociaciones de empresarios, ya no limitados, ni mucho menos dirigidos, o ni siquiera inspirados».

En consonancia con esta ruptura respecto al régimen anterior, la Constitución de 1978<sup>34</sup> recogió el «pleno reconocimiento de la autonomía colectiva» (García-Perrote Escartín, 1989: 111-113), a través de la libertad y el pluralismo sindical garantizados en sus artículos 7 y 28, así como los medios de acción y de conflicto (art. 28.2 y 37.2), y el propio derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio (art. 37.1).

---

<sup>28</sup> Convenio n.º 87 de la OIT *relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación*. Entrada en vigor: 04 julio 1950. Adopción: San Francisco, 31.ª reunión CIT, 9 julio 1948. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de mayo de 1977, n.º 112.

<sup>29</sup> Convenio n.º 98 de la OIT *sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*. Entrada en vigor: 18 julio 1951. Adopción: Ginebra, 32.ª reunión CIT, 1 julio 1949. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de mayo de 1977, n.º 111.

<sup>30</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 1977, n.º 103. En adelante PIDCP.

<sup>31</sup> *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 1977, n.º 103. En adelante PIDESC.

<sup>32</sup> *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de octubre de 1979.

<sup>33</sup> *Carta Social Europea*, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 por los gobiernos signatarios del Consejo de Europa (Estrasburgo). Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de junio de 1980, n.º 153.

<sup>34</sup> Constitución Española de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, n.º 311. En adelante CE.

### 3.5. El Estatuto de los Trabajadores de 1980<sup>35</sup>

Cuando se aprueba el Estatuto de los Trabajadores de 1980, su artículo 82.3 dispuso que «Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia».

Borrajo Dacruz (2014: 373) resalta que el RDLRT legalizó el «convenio colectivo normativo de eficacia personal limitada», figura que el Estatuto de los Trabajadores no sabría recoger, al estar lastrado por la ley de la inercia social y el peso de las instituciones jurídicas dominantes de la etapa anterior, con lo que «el convenio, o era de eficacia personal general o no era un convenio». Esta fue, según el autor, la creencia social generalizada, «que fue reforzada y mantenida, al modo de una realidad incuestionable (modelo único universal) por las grandes organizaciones sindicales».

Esta redacción fue producto de una legislación negociada que tuvo su origen en el Acuerdo Básico Interconfederal de julio de 1979 entre la UGT y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (Valdés Dal-Ré, 1990: 271-272). Y todo ello, con la institución de la mayor representatividad y el reparto del patrimonio sindical histórico y acumulado como telón de fondo (Magaña Balanza *et al.*, 1997: 195-217), en donde se volvía a reproducir la inercia histórica de querer favorecer al sindicalismo procorporativo frente al anarcosindicalismo, partidario de la libertad colectiva en estado puro.

Alonso García (1980: 38-47, 52), señaló la «contradicción» existente entre un sistema pluralista en lo sindical y de reconocimiento *erga omnes* en el convenio colectivo. Así mismo consideraba que las reglas de representatividad podían erigir en hegemónicas a organizaciones minoritarias, o elevar a «dictadores sindicales» a quien diera muestras de mayor audacia a la hora de resolver unas elecciones. Incluso el autor refería dudas sobre si la expresión de la LET bastaría para romper la teoría de la representación, ya que «los acuerdos no pueden obligar a terceros no representados», remitiendo a la interpretación jurisprudencial el alcance real de la eficacia de los convenios. De hecho, resaltaba el «vago control de legalidad instaurado» y la posible lesión grave de intereses de terceros, habiendo un vacío legislativo que la Ley de Procedimiento Laboral debería llenar. Así mismo advertía de que un sistema en el que el convenio colectivo lo fuera de eficacia general *ab origine* por reconocimiento *ex ante* de representatividad, sólo podía corresponderse con un ordenamiento más o menos «corporativista», de reconocimiento del «sindicato como ente de Derecho Público», y no de pluralismo, sino de «pluralismo privilegiado».

---

<sup>35</sup> Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de marzo de 1980, n.º 64. En adelante LET.

Por último, cabe señalar que, en línea con el referido autor, en las conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1980: 242) se hicieron constar las «dificultades de delimitación y alcance de la eficacia *erga omnes*, teniendo en cuenta el sistema de derecho privado de representación sindical que establece el ordenamiento constitucional».

La historia demostrará que la LET no sólo fue suficiente para romper la teoría de la representación, y el camino de liberalización marcado por el RDLRT, sino que además fue la propia Ley de Procedimiento Laboral de 1990<sup>36</sup> la que, en su artículo 162.1 b), de manera expresa, no consideró terceros a los trabajadores y empresarios que quedaran dentro del ámbito del convenio, imponiendo de facto una representación directa y obligatoria de todo el sector a favor de los sindicatos más representativos, y creando un sistema parapolítico o de representación unitaria sectorial.

De manera paralela a estas cuestiones surgió el problema del mantenimiento de todo el acervo de reglamentaciones del trabajo sectoriales del régimen anterior, que por ser franquista no dejaba de constituir un potente sistema de regulación sectorial altamente proteccionista. En la DT 2.<sup>a</sup> LET se estableció, con una redacción muy similar a la del artículo 29 RDLRT, que las reglamentaciones y ordenanzas laborales seguirían siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto en cuanto no fueran sustituidas por convenios colectivos, lo cual provocó múltiples discusiones sobre lo que ello significaba (Varas García, 1993: 229-244). En cualquier caso, su contenido continuó vigente, ya fuera de manera independiente, o incardinado en los nuevos convenios que se fueron suscribiendo (Valdés Dal-Ré *et al.*, 1999; Ruíz Franco, 2015).

En definitiva, ¿realmente se quiso romper con el régimen anterior, o más bien lo que se anhelaba era heredarlo, tanto en el fondo como en la forma? Lo cierto es que el resultado final fue que el proceso de negociación quedó en manos de las patronales y de los sindicatos más representativos, a los que el Estado, por imperativo legal, tuvo (y tiene) que subvencionar e incardinar en múltiples instituciones públicas o semipúblicas, y que fruto de esa negociación nacen convenios con un contenido que, en muchas ocasiones, se remite o reproduce los de las antiguas reglamentaciones y ordenanzas, y con efectos muy similares a estas, es decir efectos *erga omnes*, totalmente uniformadores, y con una fuerte vocación de permanencia, dada la ultraactividad indefinida del convenio tras su expiración, que impuso el artículo 86.3 LET.

Al margen de toda la problemática jurídico-constitucional que este sistema planteaba, y que parte de la doctrina se encargó, sin mucho éxito, de denunciar (Borrajo Dacruz, 2014: 365-373; Ojeda Avilés, 2014: 360-376; Alonso García,

---

<sup>36</sup> Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de mayo de 1990.

1980: 46-47), es evidente también que iba a generar una gran problemática económica y social, derivada de la falta de adaptabilidad y versatilidad de los convenios colectivos, además de las obsolescencias en las que muchos de ellos incurrierían nada más nacer al replicar, o incluso remitirse directamente, a las antiguas ordenanzas y reglamentaciones del trabajo.

### 3.6. La reforma de 1994<sup>37</sup>

La reforma de 1994 tuvo por objeto abordar estos problemas a la vez que se pretendía apuntalar la esencia del sistema nacido tras la Constitución, es decir, el de convenios colectivos de eficacia *erga omnes* negociados por las centrales más representativas y de duración indefinida. Se trataba lógicamente de dos pretensiones antagónicas y cuyo resultado fue acorde a sus propias contradicciones: consiguió apuntalar el sistema y hacer que la regulación de condiciones de trabajo en España girara en torno al mismo (Valdés Dal-Ré *et al.*, 2008: 57-58), pero fracasó por completo en su propósito de flexibilización (Lahera Forteza, 2011: 344-347). No es exagerado afirmar que, a día hoy, aún somos tributarios del resultado de esta Ley.

En primer lugar, la Ley de 1994 puso fecha definitiva de fin de vigencia a las ordenanzas y reglamentaciones del trabajo, previéndose incluso la imposición de un arbitraje obligatorio para sustituir las que siguieran en vigor por un convenio colectivo, lo cual denota el esfuerzo público realizado para dar continuidad a la regulación prefranquista, pero blanqueada con los procedimientos postconstitucionales.

Pese a lo que a primera vista pueda parecer, la pérdida de vigencia de las antiguas reglamentaciones y ordenanzas constituyó un llamamiento imperativo a la negociación colectiva sectorial estatutaria para su sustitución, o asimilación, por convenios de eficacia general. Y en esta línea se rebajaron las exigencias de representatividad a la patronal, de tal manera que se pasó de exigir asociaciones que representaran a la «mayoría de empresarios», a asociaciones que representaran a «empresarios que dieran ocupación a la mayoría de trabajadores» del ámbito de negociación. Esta modificación, lógicamente, favoreció la imposición de condiciones sectoriales por parte de las grandes empresas en detrimento de las pequeñas, y con un sistema sumamente oscuro de medición de su representatividad (Duque González, 2018: 863, 2020: 263).

---

<sup>37</sup> Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *Boletín Oficial del Estado*, 23 mayo 1994, n.º 122. 10 meses después se refundían en un solo texto a través del Real Decreto-Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado* de 29 de marzo de 1995, n.º 75.

También se modificaron las reglas de concurrencia de convenios, de tal manera que, como excepción añadida a la regla del *prior in tempore*, se estableció la prevalencia del acuerdo sectorial inferior sobre una serie de materias. Ello supuso, según Mercader Uguina (1994: 228), «liberalizar el régimen de concurrencia hasta el punto de eliminarlo en ámbitos supraempresariales». Con posterioridad, además, se determinó que esta regla no admitía pacto alguno en contrario negociado en ningún nivel<sup>38</sup> y, de hecho, dio lugar a la potenciación de los niveles intermedios de negociación, es decir a los convenios colectivos de ámbito provincial.

En materia de flexibilización de condiciones de trabajo, se transformaron múltiples normas imperativas en derecho dispositivo, realizando remisiones o reenvíos a la negociación colectiva. Incluso se introdujeron las cláusulas de descuelgue salarial<sup>39</sup> y la posibilidad de modificar la regulación de un convenio sectorial a través de un acuerdo de empresa negociado al amparo del artículo 41 ET. Pero ambas medidas exigían acuerdo, ya fuera en el seno de la empresa afectada o en el seno de la Comisión Paritaria del convenio, lo cual provocó su inoperancia (Lahera Forteza, 2011: 348-353; Álvarez Alonso, 2013: 1027; Duque González, 2013: 33-34).

La regla de ultraactividad de los convenios estatutarios también fue objeto de modificación, de tal manera que el mantenimiento del contenido normativo debía producirse en los términos establecidos en el propio convenio y, en defecto de pacto, se mantenía en vigor íntegramente. Es decir, se dispositivizó la ultraactividad, pero los convenios colectivos, por lo general, o replicaron la norma legal, o no establecieron ninguna regulación específica de la prórroga del contenido normativo, y éste se mantuvo en vigor de forma indefinida, *ope legis*, una vez decaído el acuerdo, petrificando las condiciones, que se convertían en un mínimo que la parte social, lógicamente, no quería socavar en negociaciones futuras.

El fracaso soterrado de la Ley de 1994 y las rigideces del sistema se pusieron de manifiesto con toda su crudeza a partir del año 2008, cuando en plena crisis económica fue imposible parar los incrementos salariales pactados, muy superiores al IPC en una época de baja inflación (Lahera Forteza, 2011: 344-347).

---

<sup>38</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, roj. 5274/1998 y de 1 de junio de 2005, roj. 3542/2005.

<sup>39</sup> Hay que señalar que este tipo de cláusulas no eran desconocidas en España, ya que por los Acuerdos de la Moncloa de 1977 se permitió el descuelgue salarial como efecto-sanción frente a la superación por el Convenio de los topes salariales fijados en los Decretos-Leyes de Ordenación Económica de 1977 y 1978. Después también se establecieron en el Acuerdo Marco Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, en el Acuerdo Nacional de Empleo de 9 de junio de 1981 y en el Acuerdo Económico y Social de 9 de octubre de 1984, hasta que el fin de la concertación social hizo que se desvaneciera este instrumento (Baylos Grau, 1994: 324-327).

La jurisprudencia avaló los diferenciales pactados, incluso sobre un IPC previsto que luego no se correspondería con el real, descartando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>40</sup>. Tal y como señala Lahera Forteza (2011: 347-348), nuestro sistema salarial era «automatizado, asimétrico, de difícil modificación y con ultraactividad».

En este escenario llegaron dos reformas que introdujeron muchos juegos de artificio, pero que no abordaron, con ninguna solvencia, los problemas que el sistema instaurado en 1980, y apuntalado en 1994, estaba generando.

### 3.7. La reforma del 2010<sup>41</sup>

La reforma del 2010 modificó las bases del procedimiento de descuelgue salarial, pero sin imponer un procedimiento efectivo de resolución de discrepancias, el cual, de nuevo, quedaba en manos de los negociadores, por muchas recomendaciones, o invitaciones, que hiciera el legislador. Y, a la vez que no resolvía aquella cuestión, en el proceso de modificación sustancial de condiciones, introdujo la posibilidad de que, ante la ausencia de representación unitaria, los trabajadores designaran como representantes en el proceso a una *comisión* de un máximo de tres miembros, y sin exigir aval sindical de ningún tipo. Tampoco resolvió el supuesto en el que los trabajadores no designaran a representante alguno.

### 3.8. La reforma del 2011<sup>42</sup>

La Ley 35/2010 emplazó al gobierno a abordar la reforma de la negociación colectiva por acuerdo con los agentes sociales, pero, en defecto de pacto, en seis meses el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, debía adoptar las iniciativas que correspondieran. Ante el fracaso de las negociaciones entre la CEOE, la CEPYME y CCOO y UGT se dictó el Real Decreto-Ley 7/2011, el cual introdujo más juegos de artificio:

- Estableció la obligatoriedad de que los convenios fijaran procedimientos efectivos para la solución de las discrepancias surgidas en los procedimientos de descuelgue salarial y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero sin establecer ninguna consecuencia concreta en caso de incumplimiento.

---

<sup>40</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2010, roj. 1820/2010; de 25 de febrero de 2010, roj. 1431/2010; y de 18 de febrero de 2010, roj. 1420/2010.

<sup>41</sup> Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de junio de 2010, n.º 147; Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de septiembre de 2010, n.º 227.

<sup>42</sup> Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de junio de 2011, n.º 139.

- Estableció la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias, que constituían el núcleo de la negociación colectiva, pero a la vez se permitía a los convenios Estatales y de Comunidad Autónoma suprimir dicha prioridad.
- Se añadieron claves para la dinamización de las negociaciones en caso de expiración del convenio, pero manteniendo la regla de ultraactividad indefinida y sin establecer consecuencia alguna en caso de incumplimiento de los plazos de negociación (Lahera Forteza, 2013: 1092-1094).

En definitiva, como señaló Lahera Forteza (2013: 1095), esta reforma fue una operación jurídica más didáctica o influyente que efectiva o contundente en el logro de sus objetivos.

### 3.9. El fallido acuerdo social

El II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva<sup>43</sup> no fue más que un decálogo de recomendaciones sin valor jurídico real, algo muy alejado de lo que la situación económica del país reclamaba y que además llegó muy tarde, cuando la espada de Damocles de la reforma definitiva caía de manera inexorable (Duque González, 2018: 381).

La reforma del año 2011 constituyó una ocasión perdida, ya que fue el momento más adecuado para que los interlocutores sociales hubieran regulado sistemas de delegación a favor de los convenios o acuerdos de empresa, tal y como ocurrió en Alemania durante los años 80 y 90 (Sisson, 1987: 60; Jacobi *et al.*, 1990: 183-185, 1998: 289; Fuchs, 2004: 62, 122; Remy, 2005: 44-51), pudiéndose haber evitado tanto las cláusulas legales de inaplicación de convenios, como la prioridad aplicativa imperativa del convenio empresa en materias tan sustanciales.

En vez de ello, el II AENC fue un intento de bloqueo anticipado de la reforma por parte de los interlocutores sociales, con el fin de frenar el objetivo legislativo de descentralización negociadora sobre la empresa del año 2012 (Landa Zapirain, 2013: 36-37). Pero es que, además, este acuerdo también tuvo por objeto bloquear el objetivo de centralización de la negociación supraempresarial que se articuló en el año 2011 (Landa Zapirain, 2013: 64), opción que el legislador del año 2012 mantuvo para intentar relegar el convenio provincial a un plano residual.

Los negociadores ya anunciaron en el referido acuerdo que la estructura seguiría pivotando sobre los convenios provinciales, algo que efectivamente se ha cumplido a la postre, al fijarse en numerosos convenios estatales la estructura de

---

<sup>43</sup> II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de febrero de 2012, n.º 31. En adelante II AENC.

la negociación, rescatando o reviviendo de manera convencional-normativa a los convenios provinciales como unidad con prevalencia sobre el resto<sup>44</sup>.

Es decir, que no fue un acuerdo para sustituir sino para enmendar la voluntad legislativa.

### 3.10. La reforma del año 2012<sup>45</sup>

La reforma del año 2012, que fue avalada por el Tribunal Constitucional<sup>46</sup>, y que forma parte de nuestro derecho vigente, giró en torno a tres ejes, tres aliviaderos que el legislador socavó en los gruesos muros del modelo español de relaciones colectivas del trabajo (Duque González, 2018: 383):

1. La alteración definitiva de las reglas de concurrencia convencional, dando prioridad aplicativa imperativa al convenio de empresa respecto a los sectoriales en materias tan fundamentales como el salario.
2. El refuerzo de los procesos de desvinculación convencional, mediante la instauración de un procedimiento de inaplicación de convenios colectivos Estatutarios con resolución efectiva ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos mediante un arbitraje obligatorio; y el refuerzo, y la facilitación, de los procesos de modificación o inaplicación de convenios colectivos extraestatutarios, dando una nueva redacción al artículo 41 TRLET, estableciendo un criterio puramente numérico a efectos de poder articular el procedimiento de modificación individual, sin consultas de ningún tipo con los representantes de los trabajadores, y con decisión unilateral final del empleador. En ambos procedimientos, además, se contempló la posibilidad de negociar estas cuestiones con comisiones designadas *ad hoc* por parte de los trabajadores ante la inexistencia de representantes legales.
3. La limitación definitiva de la ultraactividad legal indefinida del convenio.

Las tres medidas tuvieron, y tienen, una finalidad clara, y es que las empresas puedan desvincularse, modificar o incluso incumplir los convenios colectivos que hayan suscrito o que les sean de aplicación. En definitiva, rebajar la fuerza vinculante del convenio y sus efectos.

Parte de la doctrina sigue defendiendo la inconstitucionalidad de la reforma laboral del año 2012 y/o su inadecuación a los cánones internacionales. Y desde

<sup>44</sup> *Vid.* V Convenio Colectivo del sector de la construcción. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de marzo 2012, n.º 64.

<sup>45</sup> Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de febrero de 2012, n.º 36; Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2012, n.º 162.

<sup>46</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 119/2014 de 16 de julio y n.º 8/2015 de 22 de enero.

luego no se pasa por alto que tanto el contenido de las reformas legislativas como los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, otorgando un papel prácticamente omnipotente al legislador sobre la regulación de la negociación colectiva, tenían mucho que ver con «la eficacia general de los convenios colectivos, plus que confiere el legislador a los negociados conforme al marco legal establecido en el Título III ET», y que exige «un precio que, con el tiempo y tras las sucesivas reformas legales, puede considerarse que ha devenido excesivo», tal y como señala Correa Carrasco (2014: 65).

El informe emitido por el CLS a raíz de la queja emitida por varios sindicatos sobre la reforma laboral del año 2012<sup>47</sup>, pasó completamente de largo en los asuntos principales que se planteaban. En las alegaciones de nuestro Gobierno sobre los procesos de inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 TRLET, se puede observar con toda claridad cómo el sistema de convenios de eficacia general *ex ante*, se utilizó como excusa para pasar por encima de los derechos de libertad sindical que se denunciaban<sup>48</sup>. Y ello es evidente que triunfa en el CLS por lo atípico de nuestro sistema, y porque, muy probablemente, el CLS no entendiera que los sindicatos se quejaran de la reforma del 2012 y no del propio sistema que nació en 1980.

Y es que la reforma del año 2012, lejos de pretender un cambio de sistema, lo que consiguió es volver a apuntalar el modelo de convenios de eficacia general *ex ante* (Duque González, 2020: 262-267; Landa Zapirain, 2013: 98) en plena avalancha de exigencias europeas de flexibilización, aunque llevándose por delante aspectos democráticos clave, de tal manera que el resultado sigue siendo un sistema corporativo y semipúblico, pero con un importante desequilibrio a favor de la parte patronal y con una omisión total de los principios de libertad sindical.

Prueba de ello es que los convenios de empresa pueden desvincularse de los convenios sectoriales, mediante una negociación directa con representaciones legales de los trabajadores no sindicadas y sin el aval de ningún sindicato independiente, situación también completamente atípica en Europa (Duque González, 2020: 270-274).

Del mismo modo, la negociación estatutaria en la empresa, en su núcleo esencial de materias tasadas, es totalmente independiente e imperativa, lo cual puede llevar a la incongruencia de que una empresa, que forme parte de una patronal que haya acordado unas determinadas condiciones a nivel sectorial, pueda disponer de condiciones inferiores para sus trabajadores mediante un convenio propio, aunque parte de ellos sean afiliados del sindicato pactante a nivel sectorial (Duque González, 2013: 39). Incluso, en determinadas circunstancias numéricas, la em-

---

<sup>47</sup> Informe (CLS)- núm. 371, marzo 2014 (Caso n.º 2947- Queja de 10 de mayo de 2012).

<sup>48</sup> párr. 380 del Informe (CLS)- núm. 371, *op. cit.*

presa puede modificar unilateralmente un convenio sindical extraestatutario sin abrir periodo de consultas colectivo alguno, y sin consultar al sindicato pactante.

Otro problema que se plantea con la vía del artículo 41 ET, es que es posible utilizar el proceso de modificación colectivo pactado con los representantes de los trabajadores para modificar condiciones individuales si alcanzan determinados umbrales, desdibujándose el límite entre el contrato individual y el convenio colectivo establecido por la jurisprudencia<sup>49</sup> (Ruíz Castillo, 1995: 316-317, 339-340). Tras la reforma del año 2012, de haber acuerdo colectivo, se presumirá la existencia de la causa, lo que supone una dificultad añadida para la impugnación de la medida por el trabajador, que deberá demostrar fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo que afecta a sus condiciones de trabajo individualmente pactadas.

Procede resaltar que el proceso del artículo 41 ET únicamente fue impugnado ante el Tribunal Constitucional tras la reforma del año 2012 en lo que se refería a la posibilidad de modificación de convenios extraestatutarios y acuerdos de empresa, no habiéndose planteado nunca recurso alguno por vulneración de la libertad y la autonomía privada.

#### 4. La actual regulación de los planes de igualdad y de igualdad retributiva: ¿un punto de inflexión y de reflexión?

Desde la redacción inicial de la Ley Orgánica de Igualdad<sup>50</sup> los planes de igualdad se han configurado como un producto de la negociación colectiva a nivel de empresa, excluyendo la negociación sectorial, que únicamente podrá regular, en su caso, el deber de negociar, el cual deberá cumplimentarse necesariamente en la empresa, tal y como dispone el artículo 85.2 b) ET.

Es evidente que se trata de una materia que el legislador, de manera totalmente consciente, ha reservado a la negociación de empresa, por la necesidad de atender a sus especialidades, y por ser el único ámbito en el que se pueden abordar con éxito determinadas cuestiones. Ello, en sí mismo, constituye una crítica subversiva al modelo de negociación sectorial, y a la creencia generalizada de que a nivel de empresa la negociación no puede estar equilibrada, ya que, de ser así ¿Cómo es posible que le encomendemos la garantía de la igualdad real entre mujeres y hombres?

Ciertamente, en un primer momento los planes de igualdad sólo eran obligatorios para las empresas de más de 250 trabajadores, lo cual podría constituir

<sup>49</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999, roj. 6669/1999; y de 27 de enero de 2004, roj. 391/2004.

<sup>50</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de marzo de 2007. En adelante LOI.

cierta garantía de negociación equilibrada, pero tras la reforma del año 2019<sup>51</sup> se configuran como obligatorios para las empresas de 50 o más trabajadores, muchas de ellas sin experiencia negociadora alguna. A continuación, se exponen dos aspectos que pueden ser claves a la hora de valorar y reflexionar sobre nuestro modelo de negociación colectiva a la luz de la actual regulación de los planes de igualdad.

#### 4.1. Sujetos legitimados

La regulación de las comisiones designadas *ad hoc* como sujeto legitimado en la negociación a nivel de empresa se ha consolidado para la negociación colectiva en materia de modificaciones sustanciales de trabajo, inaplicaciones de convenio e incluso expedientes de regulación de empleo, ya fueran de suspensión o de extinción. Sin embargo, curiosamente, en lo que afecta a los planes de igualdad, han sido proscritas, primero por el Tribunal Supremo, y después por la reglamentación de desarrollo de los planes de igualdad (Rivas Vallejo, 2021).

El Tribunal Supremo razonaba su decisión en el hecho de que la negociación de los planes de igualdad, dada la relevancia de los objetivos perseguidos por el legislador para asegurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa<sup>52</sup>. También basaba su decisión en el tenor literal del artículo 45 LOI, en el que únicamente se cita a la representación legal de los trabajadores como sujeto legitimado. Por otro lado, estos pronunciamientos eran coherentes con su doctrina relativa a la exigencia de acuerdo para la adopción del plan de igualdad, no siendo posible su imposición unilateral<sup>53</sup>.

La reglamentación de desarrollo del artículo 45 LOI<sup>54</sup>, por su parte, ha establecido una regulación novedosa, y que difiere por completo de la que está vigente en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores. Así, mientras que para llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo, una inaplicación de convenios sectoriales estatutarios o un expediente de regulación de empleo, ante la ausencia de representación legal de los trabajadores se admite, y se regulan, las comisiones designadas *ad hoc*, para la negociación de un plan de igualdad esta posibilidad no sólo no existe, sino que además se exige llamar a la negociación a los

---

<sup>51</sup> 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. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de marzo de 2019.

<sup>52</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2017, roj. 815/2017; y de 26 de enero de 2021, roj. 350/2021.

<sup>53</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017, roj. 2092/2017 y de 13 de septiembre de 2018, roj. 3231/2018.

<sup>54</sup> 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. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de octubre de 2020.

sindicatos más representativos y representativos del sector al que la empresa pertenece (De Jesús Silvano, 2020: 8-11).

Esta regulación supone introducir, de alguna manera, la exigencia de un aval sindical en las negociaciones del plan de igualdad, al menos cuando no existe representación unitaria, y puede tratarse de una avanzadilla de una futura reforma del Estatuto de los Trabajadores. Es evidente que la figura de las comisiones designadas *ad hoc* ha sido, y es, sumamente polémica, ya que es muy difícil que se constituyan como un sujeto con fuerza negocial real, entendida esta como la capacidad de enfrentarse al empresario en defensa del interés colectivo de los trabajadores en su conjunto, o en defensa del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El problema es que se trata de una exigencia de intervención sindical puramente subsidiaria, en defecto de representación legal de los trabajadores, cuando probablemente lo más adecuado sería exigir el aval sindical siempre y en todo caso, desplazando el punto de gravedad de la capacidad negocial en el seno de la empresa de los representantes unitarios a los representantes sindicales (Landa Zapirain, 2017). Determinados representantes de los trabajadores, sobre en todo en empresas pequeñas, carecen de capacidad real de negociación, no siendo su situación muy diferente a la de las comisiones designadas *ad hoc*. Y estos representantes, en la actualidad, no sólo pueden negociar válidamente un plan de igualdad, sino que además pueden negociar convenios colectivos con prioridad aplicativa sobre convenios sectoriales negociados a nivel sindical, lo cual no es muy respetuoso ni con el principio de libertad sindical ni con el Convenio n.º 154 de la OIT, ratificado por España, y en el que se establece cierta preferencia en la negociación a los representantes sindicales sobre las representaciones unitarias.

Un paso en esta línea también lo constituye la doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de prioridad aplicativa de los convenios colectivos negociados por representaciones unitarias de centro de trabajo<sup>55</sup>, que se convierten por ello en convenios de centro y no de empresa con base en el principio de correspondencia<sup>56</sup>; y por la solución dada por el alto Tribunal para que puedan existir convenios de empresa con prioridad aplicativa sobre los sectoriales, sobre todo en empresas con múltiples centros de trabajo, siempre que se negocien a través de las secciones sindicales que tengan la mayoría absoluta del órgano de representación unitaria, es decir, siempre que se trate de una negociación sindical<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Sentencias de 9 de mayo de 2017, roj. 2098/2017; y de 8 de febrero de 2018, roj. 563/2018.

<sup>56</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012, roj. 2266/2012; de 10 de junio de 2015, roj. 3286/2015; de 14 de julio de 2016, roj. 4001/2016; de 11 de enero de 2017, roj. 260/2017; de 25 de enero de 2017, roj. 535/2017; de 15 de febrero de 2017, roj. 829/2017; de 18 de abril de 2017, roj. 1992/2017; de 22 de febrero de 2019, roj. 693/2019

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, roj. 3589/2017; Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2018, roj. 368/2018.

De todas maneras, sigue faltando una reforma legislativa que imponga, de manera decidida, el aval sindical en la negociación a nivel de empresa, ya se trate de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, de inaplicaciones de convenios sectoriales, de convenios de empresa derogatorios o de planes de igualdad. Una reforma necesaria para garantizar el equilibrio negocial entre las partes, para homologarnos con otros países europeos, en donde la representación unitaria carece de competencia negocial, y para dar cumplimiento al Convenio n.º 154 de la OIT.

#### 4.2. La fiscalización de los convenios colectivos estatutarios con eficacia general *ex ante*

La actual regulación de los planes de igualdad y de la igualdad retributiva<sup>58</sup> pone de manifiesto también la inoperancia y la falta de adecuación del sistema de convenios colectivos sectoriales con efectos *erga omnes ex ante* que nació en 1980 en orden a garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres. Como ya se ha expuesto a lo largo de este trabajo, no sólo se trata de un sistema corporativo heredado de una tradición secular de corte autoritario, sino que además es un sistema a través del cual se traspone al Estado democrático, que nace con la Constitución de 1978, el acervo de legislación social del régimen franquista contenida en las antiguas ordenanzas laborales, con un contenido vetusto que anquilosa el sistema de clasificación profesional y perpetúa esquemas sexistas que se mantienen hasta nuestros días (Ruíz Franco, 2015).

Que los propios convenios colectivos que surgen con el sistema de 1980, y cuyos contenidos se mantienen hasta hoy, están en el punto de mira de la legislación antidiscriminatoria es una evidencia: Por ello se obliga a las empresas de 50 o más trabajadores a realizar una valoración de puestos de trabajo bajo unos parámetros objetivos y conforme a la realidad de la empresa<sup>59</sup>, dejando completamente de lado la definición de puestos y el sistema de clasificación profesional convencional, que en muchos casos deriva, o incluso se refiere directamente, a

---

<sup>58</sup> Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de octubre de 2020.

<sup>59</sup> El artículo 7.2 RD 901/2020 establece que «El análisis deberá extenderse también a todos los niveles jerárquicos de la empresa y a su sistema de clasificación profesional, incluyendo datos desagregados por sexo de los diferentes grupos, categorías, niveles y puestos, su valoración, su retribución, así como a los distintos procesos de selección, contratación, promoción y ascensos» y en su artículo 8.2 establece que el Plan de Igualdad deberá contener los «Resultados de la auditoría retributiva, así como su vigencia y periodicidad en los términos establecidos en el Real Decreto 902/2020». En el RD 902/2020, por su parte, establece en su artículo 8 que la auditoría retributiva requiere una «evaluación de los puestos de trabajo» conforme al artículo 4, el cual establece los parámetros para determinar si un trabajo tiene el mismo valor que otro, y por tanto debe conllevar igual retribución, desarrollando el artículo 28.1 ET.

ordenanzas de hace más de 40 años<sup>60</sup>. Incluso hay una llamada directa a la transparencia en la negociación colectiva sectorial, con el objeto de que en las mesas negociadoras se aseguren de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor<sup>61</sup> (Arenas Viruez, 2021: 25-33, 44-46).

## 5. Conclusiones

El marco negocial español tiene un fuerte carácter corporativo y de derecho público que genera fuertes tensiones con los derechos fundamentales de libertad sindical y de libre negociación colectiva, y que anquilosa de manera excesiva la regulación convencional, perpetuando contenidos sumamente vetustos y desfasados, que no se adaptan a la realidad empresarial ni sociolaboral de cada momento, y que incluso mantienen esquemas sexistas contrarios al principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Esta situación se ha mantenido por la fuerte tradición intervencionista, y por el fuerte carácter corporativista que se ha imprimido a las relaciones colectivas en España desde su nacimiento histórico y hasta la actualidad, para intentar canalizar el conflicto y evitar su desbordamiento por posiciones maximalistas. Esta tradición ha generado un marco regulatorio muy poco respetuoso con los derechos fundamentales de libertad sindical y de libre negociación colectiva, pero altamente proteccionista, constituyendo la dictadura franquista su mayor exponente. Cuando el régimen llega a su fin es evidente que los sindicatos de corte oficialista maniobran para mantener el modelo, incluso su contenido regulatorio, pero en sus manos, bajo la errónea creencia de que ello ya garantiza por sí mismo la libertad sindical y de negociación colectiva, más aún en un escenario de reconocimiento constitucional.

Este continuismo pudo tener sentido como sistema transicional, por las necesidades de evitar vacíos y de no crear excesivos conflictos. El problema es que, una vez desaparecidas las causas transicionales, se intenta perpetuar e instaurar como definitivo mediante reformas tangenciales con las que se ha querido *ven-*

---

<sup>60</sup> Vid. Convenio Colectivo del sector limpieza de edificios y locales de Bizkaia. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 11 de abril de 2018, en cuyo Anexo III se reproduce íntegramente la antigua Ordenanza laboral para las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales aprobada por Orden de 15 de febrero de 1975. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de febrero de 1975; Vid. Convenio Colectivo del sector Hostelería de Bizkaia. *Boletín Oficial de Bizkaia*, 18 de septiembre de 2018, en cuyo artículo 15, en materia de ascensos, se remite a la antigua Ordenanza de Trabajo para la industria de hostelería aprobada por Orden de 28 de febrero de 1974. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de marzo de 1974.

<sup>61</sup> Artículo 9 RD 902/2020.

der cierta versatilidad, pero que, al eludir el fondo del problema, han caído en el más absoluto fracaso. La única reforma que ha conseguido los objetivos de flexibilización pretendidos ha sido la del año 2012, y ha sido a costa de dilapidar derechos y libertades colectivos fundamentales, aunque manteniendo, eso sí, el sistema negocial imperante.

Pero lo que también es evidente es que el equilibrio entre los derechos colectivos y las necesidades de flexibilización no va a lograrse volviendo a la regulación anterior al año 2012. Lo que se necesita es un cambio sustancial del marco regulador del sistema negocial, en el cual la extensión de efectos del convenio no debería abarcar desde el principio (*ex ante*) a todos los trabajadores y empresarios que entren dentro de su ámbito de aplicación (*erga omnes*), por muy representativos que sean los sindicatos y patronales que lo negocien. La extensión de efectos, como ocurre en la gran mayoría de países europeos, debería articularse *ex post*, a través de un expediente administrativo en el que puedan ser oídos todos los empresarios y trabajadores no afiliados a las organizaciones pactantes, y en donde se analice estrictamente el cumplimiento de las disposiciones legales, entre ellas la configuración de un sistema de clasificación profesional que no obedezca a injustificadas segregaciones por razón de sexo, verticales u horizontales, pero también la definición de grupos profesionales, el establecimiento de procedimientos efectivos de solución de discrepancias, el cumplimiento estricto de las reglas de representatividad...etc.

Con un sistema de estas características el convenio que no cumpla estos requisitos simplemente no se podrá extender por parte de la autoridad laboral, y únicamente tendrá efecto en el ámbito de la representación sindical de las partes negociadoras. Y si, aun así, se extendiera, los empresarios y trabajadores no afiliados a las organizaciones pactantes deberían poder impugnar la referida extensión de efectos, como terceros que son, respecto al acuerdo alcanzado. Ahora bien, dentro del ámbito de representación de las partes colectivas, y dentro de su vigencia, el contenido convencional debería elevarse a la categoría de sagrado, haciendo desaparecer cualquier tipo de posibilidad de modificación unilateral por parte del empresario.

Por otro lado, debería apostarse decididamente por una negociación colectiva a nivel de empresa, con capacidad derogatoria de los convenios sectoriales bajo el principio de especialidad, pero que gire alrededor de la figura del sindicato, desplazando no sólo a figuras como las comisiones designadas *ad hoc*, sino también a la propia representación legal de los trabajadores, cuyas funciones deberían limitarse a la gestión del día a día empresarial, y no a la negociación colectiva de condiciones de trabajo.

Esta necesidad de negociación colectiva a nivel de empresa con capacidad derogatoria de los convenios sectoriales se ha puesto de manifiesto con toda claridad en la nueva regulación de los planes de igualdad y de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y es un camino que no se debería desandar, sino continuar.

Igualmente, los convenios colectivos deben tener una fecha de caducidad definitiva para su vigencia que permita una negociación libre que se adapte a las necesidades de cada coyuntura, lo cual es (o debería ser) una de las principales virtudes de la negociación colectiva frente a la regulación estatal de las condiciones de trabajo.

Estas son las verdaderas reformas que deberían abordarse en el Estatuto de los Trabajadores con el objeto de dejar atrás definitivamente el sistema corporativo de su Título III, heredado de épocas pasadas, y pasar a un modelo de libertad sindical y de libre negociación colectiva, que realmente sirva para modernizar las relaciones de trabajo en España y adaptarlas a las necesidades reales que en cada momento se vivan, en cada sector y en cada empresa.

## 6. Bibliografía

- AAVV. (1980) *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Los Convenios Colectivos y la Extinción del Contrato de Trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. VOL. I. MADRID: MSSS.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (1975) *El derecho de asociación obrera en España (1839- 1900)*. Madrid: Ediciones de la Revista del Trabajo.
- ALONSO GARCÍA, Manuel (1980) «Los Convenios Colectivos en el Estatuto de los Trabajadores» en AAVV. *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Los Convenios Colectivos y la Extinción del Contrato de Trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Vol. I. Madrid: MSSS. pp. 35-55.
- ALONSO OLEA, Manuel (1955) *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego (2013) «Inaplicación del Convenio Colectivo y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa: Dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo» en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 1023-1044.
- ARENAS VIRUEZ, Margarita (2021) «Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre». *Temas Laborales*, n.º 156/2021, pp. 11-49.
- BAYLOS GRAU, Antonio (1994) «Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva» en VALDÉS DAL- RÉ, Fernando. & CASAS BAAMONDE, María Emilia (Coordinadores) *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Relaciones Laborales. pp. 322-340.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar (1976) «La evolución histórica de la contratación colectiva en España» en AAVV. *Quince lecciones sobre convenios colectivos*. Madrid: Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. pp. 35-89.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar (1968) «Los conflictos colectivos de trabajo. Introducción» en AAVV. *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. pp. 9-20.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén (2014) *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos (23.ª ed.).
- BURRIEL RODRÍGUEZ, Pepa (2011) *La evolución del Convenio Colectivo en España*. Cizur Menor: Aranzadi.

- CAMPS RUÍZ, Luís Miguel (2000) «Las fuentes del Derecho del Trabajo (IV): Convenios Colectivos (2)» en AAVV. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch (2.<sup>a</sup> ed.). pp. 105-113.
- CARRERAS, Albert & TANFUNELL, Xabier. (2005) *Estadísticas Históricas de España*. Bilbao: Fundación BBVA (2.<sup>a</sup> ed.).
- CORREA CARRASCO, Manuel (2014) «Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)». *Relaciones Laborales*, n.º 11. pp. 41-74.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2019) (Director) *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*. Madrid: MITRAMISS, p. 319.
- DE JESÚS SILVANO, Sandra M. (2020) «Los planes de igualdad en las empresas tras su reciente desarrollo reglamentario». *Diario La Ley*, n.º 9746, 2020.
- DE LA CALLE, María Dolores (1989) *La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política Social y conflicto de intereses en la España de la Restauración*. Madrid: MTSS.
- DE LA CIERVA, Ricardo (1998) *Historia Total de España*. Madrid: Fénix (4.<sup>a</sup> ed.).
- DE LA VILLA GIL, Luís Enrique (1968) «Procedimientos pacíficos para la composición de controversias colectivas» en AAVV. *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. pp. 83-103.
- DEL PESO Y CALVO, Carlos (1968) «Antecedentes históricos de la regulación de los conflictos colectivos en Derecho español, desde el Fuero del Trabajo hasta el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre» en AAVV. *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. pp. 171-201.
- DEL REY REGUILLO, Fernando (1992) «*Propietarios y Patronos. La política de las organizaciones económicas en la España de la Restauración (1914-1923)*». Madrid: MTSS.
- DUQUE GONZÁLEZ, Mario (2013) «Análisis del régimen jurídico de la negociación colectiva tras la reforma del mercado de trabajo del año 2012». *Información Laboral*, abril, n.º 4, pp. 24-41.
- DUQUE GONZÁLEZ, Mario (2020) «La democratización de las relaciones colectivas en España como alternativa a la flexiseguridad: un debate oculto pero ineludible». *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 3, marzo, pp. 252-283.
- DUQUE GONZÁLEZ, Mario (2018) *La fuerza vinculante del convenio colectivo. La negociación colectiva en Europa: Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Cizur Menor: Aranzadi.
- ESCUDERO, José Antonio (1995) *Curso de Historia del Derecho*. Madrid (2.<sup>a</sup> Ed.).
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José (2008) «Los Convenios Colectivos Extraestatutarios» en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Director) & LAHERA FORTEZA, Jesús (Coordinador) *Manual jurídico de Negociación Colectiva*. Madrid: La Ley. pp. 965-1018.
- FUCHS, Maximillian (2004) «Flexibility in Labour Law: The German Approach» en CARUSO, Bruno & FUCHS, Maximillian. *Labour Law and Flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy*. Baden- Baden: Nomos Verlagsgesellschaft & Giufre Editore. pp. 47-60.
- GALLART FOLCH, Alejandro (1932) *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Comares 2000.
- GARCÍA BECEDAS, Gabriel (1993) *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (1989) «Autonomía individual «en masa» y antisindicalidad». *Relaciones Laborales*, Tomo II. pp. 256-267.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (1987) *Ley y autonomía colectiva*. Madrid: MTSS.
- JACOBI, Otto & MÜLLER-JENTSCH, Walther (1990) «Alemania Occidental: Continuidad y cambio estructural» en BAGLIONI, Guido & CROUCH, Colin (Comps.). *Las relacio-*

- nes laborales en Europa. El desafío de la flexibilidad* (1.<sup>a</sup> ed. en inglés 1990). Madrid: MTSS 1992. Trad. Concepción Baquera de Micheo. pp. 167-195.
- JACOBI, Otto; KELLER, Berndt & MÜLLER-JENTSCH, Walther (1998) «Alemania: Afrontando nuevos desafíos» en FERNER, Anthony & HYMAN, Richard *La transformación de las relaciones laborales en Europa* (2.<sup>a</sup> ed. en inglés 1998). Madrid: MTAS 2002. Trad. Santiago Borrajo Iniesta. pp. 263-320.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2011) «El descuelgue salarial» en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando & GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías (Directores) *La reforma del mercado de trabajo de 2010*. Madrid: Reus. pp. 343-382.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2013) «La búsqueda de la dinamización en la negociación colectiva (2011- 2012)» en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 1089-1105.
- LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (2017) «Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: la co-determinación como posible solución». *Documentación Laboral*, n.º 19, Vol. I. pp. 19-53.
- LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (2013) «Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo» en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 21-126.
- MAGAÑA BALANZA, Francisco Javier & RICO LETOSA, Sara (1997) «El patrimonio sindical acumulado». *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 4-5, pp. 195-217.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio (1987) «Estudio Preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España» en AAVV. *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (1994) *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Madrid: Civitas.
- MOLERO MANGLANO, Carlos (1996) *Derecho Sindical*. Madrid: Dykinson.
- MONEREO PÉREZ, José Luís; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal & MORENO VIDA, María Nieves (2015) *Manual de Derecho Sindical*. Granada: Comares (10.<sup>a</sup> ed.).
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (1968) «Convenios colectivos y conflictos colectivos» en AAVV. *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. pp. 65- 81.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (2014) *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos (3.<sup>a</sup> ed.).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1969) *LA SITUACIÓN LABORAL Y SINDICAL EN ESPAÑA*. GINEBRA: OIT.
- PIQUERAS ARENAS, José Antonio (1992) *La revolución democrática (1868-1874). Cuestión social colonialismo y grupos de presión*. Madrid: MTSS.
- REMY, Patrick (2005) «El sistema de negociación colectiva en Alemania» en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS. *Experiencias de negociación colectiva en Europa y sus puntos críticos*. Madrid: MTAS. Trad. Patrick Remy. pp. 25-53.
- RIVAS VALLEJO, Pilar (2021) «El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión «ad hoc». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 2, pp. 1-10.
- RIVERO LAMAS, Juan (1979) «Normas estatales y Convenios Colectivos». *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*, Vol.73. pp. 15-39.
- RUÍZ CASTILLO, María del Mar (1995) «El pacto individual y las fuentes del Derecho del Trabajo» en CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coord.). *Los protagonistas de las relaciones labo-*

- rales tras la reforma del mercado de trabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social. pp. 315-347.
- RUÍZ FRANCO, Aida (2015) «La clasificación profesional en perspectiva histórica: desde los gremios hasta nuestros días» en AAVV. *Un futuro sin brecha*. Albacete: Bomarzo. pp. 47-75
- SERRANO CARVAJAL, José (1968) «Legislación de los conflictos colectivos de trabajo en España hasta el Fuero del Trabajo» en AAVV. *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid- Facultad de Derecho. pp. 153-170.
- SISSON, Keith (1987) *Los empresarios y la negociación colectiva. Un estudio internacional comparado* (ed. en inglés de 1987). Madrid: MTSS 1990. Trad. Cristina Moreno.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2008) (Director) & LAHERA FORTEZA, Jesús (Coordinador) *Manual jurídico de Negociación Colectiva*. Madrid: La Ley.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (1999) (Director). *Balance material del proceso de sustitución de las ordenanzas laborales: continuidad y crisis de sus contenidos normativos*. Madrid: MTAS.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (1994) «Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva» en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando & CASAS BAAMONDE, María Emilia (Coordinadores) *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Relaciones Laborales. pp. 257-291.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (1990) «El paradigma legal en la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, Tomo I. pp. 268-276.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (1979) «La negociación colectiva en la Constitución». *Revista de Política Social*, enero-marzo, n.º 121. pp. 469-498.
- VARAS GARCÍA, Pilar (1993) «Las reglamentaciones de trabajo y las ordenanzas laborales». Cuadernos de Relaciones Laborales n.º 3, Complutense, Madrid. pp. 229-244.

# LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO: ¿HACIA UNA EFECTIVA CORRESPONSABILIDAD?

*The suspension of the employment contract due to birth:  
towards an effective co-responsibility?*

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ\*

Universidad de Deusto, España

## RESUMEN

La finalidad de este trabajo radica en analizar, desde un punto de vista crítico, la configuración actual de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento tras la reforma operada por 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. Así, mediante este análisis crítico, se pretende verificar si la regulación de esta modalidad de suspensión del contrato en el ordenamiento jurídico-laboral interno resulta adecuada para garantizar una corresponsabilidad efectiva en el ámbito familiar. A tal fin, en primer lugar, se realiza una breve aproximación conceptual a la corresponsabilidad, diferenciándola de la noción clásica de conciliación; en segundo lugar, se explica el fundamento de esta modalidad de suspensión; en tercer lugar, se presenta su evolución en el ordenamiento jurídico español desde la década de los 80; y, en cuarto lugar, se analiza y valora su alcance actual.

Palabras clave: suspensión del contrato; nacimiento; corresponsabilidad; Real Decreto-Ley 6/2019

## ABSTRACT

*The aim of this paper is to analyse, from a critical point of view, the current configuration of the suspension of the employment contract due to birth after the reform operated by Royal Decree Law 6/2019, of March 1, of urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation. Therefore, by means of this critical analysis, we will try to verify if the regulation of this modality of suspension of the contract within the national labour legal system is adequate to guarantee an effective co-responsibility in the context of family. To that end, first, we will make a brief conceptual approach to co-responsibility, differentiating it from the classic notion of conciliation; secondly, we will explain the basis for this type of suspension; thirdly, we will present its evolution in the Spanish legal system since the 80s; and, lastly, we will analyse and evaluate its current scope.*

*Keywords: suspension of the contract; birth; co-responsibility; Royal Decree Law 6/2019.*

\* **Correspondencia a:** Josune López Rodríguez. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. Avenida de las Universidades 24, Bilbao, Bizkaia (España). — [josunelopezrodriguez@deusto.es](mailto:josunelopezrodriguez@deusto.es) — <https://orcid.org/0000-0002-3153-1547>

**Cómo citar:** López Rodríguez, Josune. (2021). «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento: ¿hacia una efectiva corresponsabilidad?»; *Lan Harremanak*, 45, 44-78. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22815>).

Recibido: 15 mayo, 2021; aceptado: 13 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

La efectiva corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades y obligaciones familiares constituye un reto social imprescindible para lograr una verdadera igualdad de género.

En efecto, tanto desde la comunidad internacional como desde la Unión Europea se pone de manifiesto la necesidad de promover el reparto equilibrado de responsabilidades en el ámbito familiar como presupuesto indispensable para lograr la igualdad de género.

En el plano internacional, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, incluye como uno de sus objetivos «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas» (cfr. Objetivo 5). Más concretamente, en el marco de este Objetivo, una de las metas propuestas radica en «reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país» (cfr. Meta 5.4.). Y, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo<sup>1</sup>, determina que «las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo [entre otras cuestiones] el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres» (cfr. Considerando sexto).

Partiendo de estas premisas, en el marco jurídico-laboral, una de las medidas que pueden favorecer la consecución de esta corresponsabilidad familiar es, sin duda, la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento.

De este modo, el presente trabajo tiene por objeto analizar, desde una perspectiva crítica, la configuración actual de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento en el ordenamiento jurídico-laboral interno tras la aprobación y entrada en vigor del 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<sup>2</sup>, con el fin último de verificar si la regulación del mismo resulta adecuada para garantizar una corresponsabilidad efectiva en el ámbito familiar.

---

<sup>1</sup> DOUE de 12 de julio de 2019, L 188.

<sup>2</sup> BOE de 7 de marzo de 2017, núm. 57.

A tal fin, en primer lugar, se realizará una breve aproximación conceptual a la corresponsabilidad, diferenciándola de la noción clásica de conciliación; en segundo lugar, se explicará el fundamento en el que se basa la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento; en tercer lugar, a modo de contextualización, se expondrá su evolución a partir de la década de los años 80; y, en cuarto y último lugar, se analizará su alcance actual.

## 2. De la concepción clásica de la conciliación hacia una efectiva corresponsabilidad

La incorporación de la mujer al mundo del trabajo ha conllevado numerosos cambios y retos para conciliar el trabajo fuera y dentro del hogar familiar y superar, de esta forma, la tradicional división de roles asignados a las mujeres y a los hombres (Moreno Gené, 2020: 24).

En el marco jurídico interno, la Constitución española no se refiere expresamente a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin embargo, el texto constitucional «proporciona herramientas suficientes para proteger los derechos de conciliación» (Quintanilla Navarro, 2017: 348). Así, la conciliación guarda relación, por un lado, con los principios de igualdad y no discriminación, reconocidos en el artículo 14, y, por otro lado, con el mandato del artículo 39 orientado a la protección de la familia y la infancia<sup>3</sup>. De este modo, puede decirse que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es «un bien jurídicamente protegido a nivel constitucional» (Cámara Botía, 2012: 104).

Sobre la base de esta fundamentación, se elaboró la Ley 29/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>4</sup>, con el fin de configurar un sistema que contemplase las nuevas relaciones sociales y el reparto equilibrado de las responsabilidades en la vida profesional y en la privada. A partir de este momento, el término «conciliación» se integró de forma sólida en el ordenamiento jurídico interno y ha sido objeto de una evolución normativa mediante la cual se han ido disponiendo distintos medios para conjugar la vida familiar y la laboral (Gorelli Hernández, 2020: 126).

A grandes rasgos, la conciliación comprende «un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar que el trabajador pueda armonizar o coordinar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal» (Gorelli Hernández, 2020: 126). Así, «estas medidas permiten que el trabajador pueda asumir ambas responsabilida-

---

<sup>3</sup> A este respecto, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, recurso de amparo número 9145-2009, Fundamento jurídico 2.º.

<sup>4</sup> BOE de 6 de noviembre de 1999, núm. 266.

des de forma que compatibilice su ejercicio sin tener que renunciar a ninguna de ellas» (Pérez Anaya, 2021: 6).

Ahora bien, la perspectiva clásica de la conciliación se ha centrado fundamentalmente en conseguir el simple equilibrio temporal entre el trabajo y las responsabilidades familiares, dejando «en el estricto espacio doméstico el reparto de responsabilidades» (Ballester Pastor, 2011: 55). Así, han sido las mujeres las que principalmente han hecho uso de estas medidas de conciliación, una realidad que las sitúa en una clara posición de desventaja en el mercado laboral y provoca, en consecuencia, su discriminación laboral indirecta (Blázquez Agudo, 2017: 5). Precisamente, en muchos casos, la regulación del derecho conciliatorio ha tenido lugar «mediante el uso de acciones positivas o de discriminación inversa de las mujeres, susceptibles de provocar, en no pocas ocasiones, el resultado contrario de perpetuación de roles, es decir, el indeseado «efecto boomerang»» (Prieto Padín, 2021: 213).

Esta concepción clásica de la conciliación, que «tenía el grave riesgo de perpetuar la asunción mayoritariamente femenina de las tareas de cuidado», evidenció la necesidad de integrar en la misma dos elementos básicos, a saber: las connotaciones de género que tienen las tareas de cuidado y la implicación de nuevos sujetos en las responsabilidades familiares (Ballester Pastor, 2011: 55-56).

Y a dicha necesidad responde, ciertamente, el término de corresponsabilidad, que se ha ido integrando en el ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>5</sup>. En principio, la corresponsabilidad tiene el mismo propósito que la conciliación, esto es, compaginar el trabajo con las necesidades personales y familiares (Gorelli Hernández, 2020: 126). Ahora bien, el alcance de este término va más allá de la mera conciliación, en tanto en cuanto mediante el mismo no solamente se pretende armonizar el binomio trabajo-familia, sino que también se persigue la implicación de otros sujetos y entidades. A este respecto, si bien la corresponsabilidad suele vincularse generalmente con la implicación de los hombres en las tareas de cuidado, lo cierto es que en el ámbito jurídico-laboral este término implica también a otros sujetos, a saber: a todos los miembros de la unidad familiar, al empresario y a la sociedad (Ballester Pastor, 2011: 56). En último término, la corresponsabilidad persigue un reparto equitativo de las responsabilidades familiares que produzca una efectiva situación de igualdad, «exigencia que no solo debe ser jurídica, sino ante todo ética y social» (Gorelli Hernández, 2020: 126).

Así las cosas, «la corresponsabilidad de hombres y mujeres en la atención a la familia ha de ser el fundamento de las políticas legislativas que abordan este

---

<sup>5</sup> BOE de 23 de marzo de 2007, núm. 71.

tema dentro de un modelo social que se ha de basar en la igualdad de trato y oportunidades» (López López, 2002: 68). Es decir, la corresponsabilidad familiar «se ha de abordar desde claves de igualdad de derechos de hombres y mujeres» (Rodríguez Escanciano, 2005: 55).

### 3. Fundamento de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento

En virtud del artículo 45.2 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, TRLET)<sup>6</sup>, la suspensión del contrato de trabajo «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo». Dicho de otro modo, la suspensión conlleva la «cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación jurídica» (Montoya Melga, 2018: 440). Como consecuencia de ello, en principio, la suspensión del contrato de trabajo también conlleva la suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. No obstante, a modo de excepción, el legislador protege especialmente a determinados sujetos cuyo contrato de trabajo se encuentra suspendido, estableciendo la obligación de cotizar en dichos casos —entre ellos se encuentra, concretamente, el nacimiento y cuidado del menor— (Arrieta Idiakez, 2019: 309).

El fundamento de esta figura radica en reforzar la estabilidad en el empleo de los trabajadores, evitando la extinción del contrato de trabajo ante la aparición de una circunstancia obstativa y conservando, así, el negocio jurídico (Montoya Melgar, 2018: 441). De esta manera, cuando el contrato de trabajo se suspende, el mismo sigue vigente —es decir, no se extingue—, de tal forma que, según el artículo 48.1 del TRLET, «al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo».

Pues bien, en el apartado primero del artículo 45 del TRLET, se enumeran las causas que pueden conducir a la suspensión del contrato de trabajo. Entre las mismas se encuentra, ciertamente, el

nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes [*cf.* apartado d)].

---

<sup>6</sup> BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

En concreto, a los efectos de esta investigación, se prestará atención a la causa de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo/a. Sin embargo, es importante tener presente que el ordenamiento jurídico-laboral no se limita a proteger los casos de parto o alumbramiento, sino que también abarca supuestos como el de la adopción o acogimiento, aunque en el presente trabajo no se profundizará en los mismos. Incluso, debe tenerse en consideración la evolución de la idea tradicional de familia y su impacto en el ordenamiento jurídico, como ha quedado patente con el debate jurídico surgido en torno a la maternidad subrogada y la protección social (Llorens Espada, 2017: 138-147 y Mercader Uguina, 2017: 454-466).

Antes de entrar en materia, conviene aclarar cuándo se entiende que se ha producido la situación protegida, esto es, el nacimiento de hijo/a. De conformidad con el párrafo primero del artículo 48.4 del TRLET, el nacimiento, en lo que a la suspensión del contrato se refiere, «comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses». Por consiguiente, «el concepto de nacimiento en el actual marco legislativo no se circunscribe al momento del parto o alumbramiento, sino que se extiende durante los doce primeros meses de vida del menor»<sup>7</sup>.

Al hilo de esta cuestión, y de conformidad con el artículo 30 del Código Civil<sup>8</sup>, debe tenerse presente que «la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Con base en esta disposición, dos son los requisitos que deben cumplirse, a saber: la vitalidad en el momento del nacimiento y el entero desprendimiento del seno materno (Fernández Collados, 2018: 502). En el supuesto de fallecimiento del hijo o la hija después del parto, el periodo de suspensión no se ve reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo (*cf.* artículo 48.4 del TRLET).

Ahora bien, ¿qué ocurre si el fallecimiento del feto se produce antes del nacimiento? En estos casos, la madre conserva el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, siempre que el feto hubiera permanecido en el seno materno, al menos, ciento ochenta días (*cf.* artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia<sup>9</sup>), «frontera temporal criticada en la doctrina por dificultar el acceso a la prestación incongruentemente» (Llorens Espada, 2017: 132). Sin embargo, si el hijo o la hija fallece antes del inicio de la

---

<sup>7</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 22/2020, de 21 de febrero de 2020, número de recurso 275/2019, Fundamento jurídico 3.º.

<sup>8</sup> Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889, núm. 206.

<sup>9</sup> BOE de 21 de marzo de 2009, núm. 69.

suspensión o permiso del padre, no se reconoce el subsidio por paternidad (*cf.* artículo 26.7 del Real Decreto 295/2009).

Respecto de este último apunte, los tribunales han manifestado opiniones contrapuestas. Así, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha reconocido el derecho del otro progenitor distinto de la madre biológica a suspender el contrato de trabajo, aunque no se cumplan los requisitos del artículo 30 del Código Civil<sup>10</sup>. Precisamente, entiende el Tribunal que el citado precepto del Código Civil «tiene por finalidad regular los derechos de las personas una vez nacidas» y, por ende, dicha norma no resulta aplicable al objeto de debate<sup>11</sup>. Así, el Tribunal considera que el permiso de paternidad no tiene como finalidad exclusiva el cuidado del hijo o hija, sino que su fin es más amplio y también abarca la nueva situación familiar, por lo que la necesidad del permiso por paternidad puede ser evidente en los casos de fallecimiento, al igual que la situación paralela de maternidad —esta última reconocida legalmente—, en un contexto en el que «hay un sufrimiento claro por parte de la madre y del padre»<sup>12</sup>. En contraposición a este posicionamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón explica que el permiso de maternidad y paternidad atienden a dos realidades diferentes y que cuando se produce el fallecimiento del feto antes del nacimiento, el permiso de paternidad carece de situación que lo fundamente, porque su finalidad no es la que justifica el permiso de maternidad<sup>13</sup>. Así, argumenta el Tribunal que, al haber fallecido el feto antes de nacer, no existe una nueva realidad familiar a la que atender y no se dan nuevas responsabilidades que deba asumir el padre<sup>14</sup>.

#### 4. Evolución: de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores<sup>15</sup>, reconocía la maternidad de la mujer trabajadora como causa de suspensión del contrato de trabajo [*cf.* artículo 45.1.d)]. En concreto, se determinaba que, en el supuesto de parto, la suspensión del contrato tendría una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a la opción de la interesada (*cf.* artículo 48.4). Respecto de esta —insuficiente— inicial re-

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1123/2019, de 29 de mayo de 2018, número de recurso 982/2018.

<sup>11</sup> Fundamento jurídico 3.º.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 50/2019, de 30 de enero de 2019, número de recurso 819/2018.

<sup>14</sup> Fundamento jurídico 4.º.

<sup>15</sup> BOE de 14 de marzo de 1980, núm. 64.

gulación, cabe destacar que no se recogió expresamente el descanso obligatorio durante las primeras seis semanas posteriores al parto, obviando, de esta forma, el mandato establecido en el artículo 3.3 del Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de la maternidad, de 1952, ratificado por España en 1966<sup>16</sup>, en virtud del cual «la duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas». Además, en relación con la situación del otro progenitor distinto de la madre biológica, la norma se limitó a reconocerle el derecho, previo aviso y justificación, a ausentarse de su puesto de trabajo con derecho a remuneración durante dos días en los casos de nacimiento de hijo/a y durante cuatro días cuando el trabajador necesitara hacer un desplazamiento a tal efecto [*cf.* artículo 37.3.b)].

Con el fin de suplir los vacíos de la Ley 8/1980, pocos años después, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo<sup>17</sup>, modificó el artículo 48.4 de la citada norma, estableciendo que en el caso de parto, la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica tendría una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. Igualmente, se determinó que, si bien la distribución del periodo de suspensión dependía de la interesada, seis semanas debían disfrutarse inmediatamente después del parto, pudiendo hacer uso de las mismas el otro progenitor en caso de fallecimiento de la madre. Mediante este último requerimiento, relativo al disfrute de seis semanas inmediatamente después del parto, se dio cumplimiento al mandato internacional emanado de la Organización Internacional del Trabajo. El establecimiento de un periodo de seis semanas posteriores al parto tenía por objeto, principalmente, la recuperación de la madre, mientras que el resto del periodo estaba orientado, sobre todo, al cuidado del/a hijo/a en sus primeros meses de vida (Pérez Guardo y Serrano Serrano, 2013: 44). Además, con respecto a los supuestos en los que los dos progenitores trabajasen, se contempló la posibilidad de que la madre biológica, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, optara por que el otro progenitor disfrutase de hasta cuatro semanas de las últimas semanas de suspensión, siempre que fueran ininterrumpidas y al final del periodo, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación de la madre al trabajo supusiera riesgo para su salud.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>18</sup>, no introdujo novedades en materia de corresponsabilidad y se limitó a contemplar

---

<sup>16</sup> BOE de 31 de agosto de 1966, núm. 208.

<sup>17</sup> BOE de 8 de marzo de 1989, núm. 57.

<sup>18</sup> BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75.

lo que las normas previas habían delimitado. Así, el texto normativo reconoció, por un lado, el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo/a en su artículo 37.3.b) y, por otro lado, la maternidad de la mujer trabajadora como causa de suspensión del contrato de trabajo [*cf.*: artículo 45.1.d)].

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>19</sup>, únicamente señaló que, en el caso de que los dos progenitores trabajasen, la madre, al iniciarse el periodo de dieciséis semanas, podía optar por que el otro progenitor disfrutara de una parte determinada e ininterrumpida del mismo (excepto las primeras seis semanas posteriores al parto) de manera simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre pudiera suponer un riesgo para su salud.

Claramente, estas primeras normas se centraron en la protección de la maternidad y no recogieron medidas concretas orientadas a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a fomentar la corresponsabilidad en el seno familiar. En este contexto, la suspensión del contrato de trabajo por maternidad estaba configurada «pensando en un modelo familiar en que la mujer [era] la responsable exclusiva de las responsabilidades domésticas y familiares» (Ballester Pastor, 2011: 65).

Así las cosas, en España, fue la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la norma que contempló, por vez primera, el permiso de paternidad —o del otro progenitor— de los trabajadores por cuenta ajena, del que deriva una prestación contributiva temporal o subsidio (Fernández Collados, 2018: 499). En el Preámbulo de la norma, el legislador avanzaba que el reconocimiento de este permiso constituía «la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

En virtud del artículo 44.3) la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se reconoció al otro progenitor distinto de la madre biológica el derecho a un permiso individual, exclusivo e intransferible y a una prestación, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social, ello en aras de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares (Cordero Gordillo, 2019: 7). También se incluyeron mejoras en el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, ampliándolo en dos semanas para los casos de hijo/a con discapacidad, pudiendo hacer uso de dicha ampliación indistintamente ambos progenitores.

A partir del mandato incluido en el apartado once de la disposición adicional décimo primera de esta norma, se introdujo en el entonces vigente Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, un nuevo precepto, el 48 bis, para

---

<sup>19</sup> BOE de 6 de noviembre de 1999, núm. 266.

regular la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, eso sí, «de modo notablemente rígido» (Ballester Pastor, 2011: 65). En concreto, según el citado artículo, se reconocía el derecho —de carácter voluntario<sup>20</sup>— a la suspensión del contrato de trabajo durante trece días ininterrumpidos al trabajador en los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento, periodo ampliable en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Al respecto, se matizó que dicha suspensión era independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad. Y, al mismo tiempo, se puntualizó que, en el caso de parto, el ejercicio del derecho correspondía exclusivamente al otro progenitor. Esto es, el permiso de paternidad debía disfrutarlo en exclusiva el otro progenitor distinto de la madre biológica, quien no podía cederlo a la madre (Castellano Burguillo, 2007: 221 y Molina Navarrete, 2009: 52). Más aún, el precepto estableció un periodo temporal concreto de inicio del ejercicio del derecho, a saber, desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a, previsto legal —artículo 37.3.b)— o convencionalmente. De este modo,

la relación entre el permiso retribuido de «dos días por el nacimiento de hijo» [...] y la nueva causa de suspensión del contrato de trabajo por paternidad [...] era, así, muy clara: primero se disfrutaba del permiso de dos días [...] y, una vez que este finalizaba, comenzaba el periodo de suspensión de trece días del contrato de trabajo por paternidad<sup>21</sup>.

Pues bien, la diferente duración de la suspensión del contrato por paternidad (trece días) respecto de la suspensión por maternidad (dieciséis semanas), «explica que se mantuviera el permiso retribuido de dos días por el nacimiento de hijo, permiso que se sumaba —y relacionaba— con la suspensión del contrato por paternidad»<sup>22</sup>. Ciertamente, se trata de «derechos de distinta naturaleza, ya que uno [radica en] disfrutar de un permiso retribuido a cargo del empresario», mientras que el otro,

que no es de nuevo cuño, [consiste en] una mera suspensión del contrato de trabajo, sin obligación retributiva para el empresario y, en cambio, con cobertura prescricional por el sistema público de Seguridad Social (que no actúa en los permisos retribuidos)<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, pueden consultarse las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2162/2008, de 23 de septiembre de 2008, número de recurso 1780/2008, Fundamento jurídico 2.º; y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2673/2010, de 5 de octubre de 2010, número de recurso 2485/2010, Fundamento jurídico 2.º.

<sup>21</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero de 2021, número de recurso 188/2019, Fundamento jurídico 3.º, apartado 3.

<sup>22</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico 4.º, apartado 1.

<sup>23</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 140/2019, de 29 de noviembre de 2019, número de recurso 221/2019, Fundamento jurídico 5.º.

Con esto, el nuevo artículo 48 bis dispuso que la suspensión del contrato por paternidad podía disfrutarse bien en régimen de jornada completa bien en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por cien, previo acuerdo entre el empresario y la persona trabajadora, y de conformidad con lo establecido reglamentariamente.

Si bien es indudable que este primer reconocimiento de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad fue loable, lo cierto es que la duración inicial contemplada, esto es, de trece días ininterrumpidos —ampliables en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples—, resultó ser manifiestamente insuficiente para conseguir la finalidad para la cual fue concebido (Castellano Burguillo, 2007: 212 y López Anioarte, 2019: 7). Puede decirse, incluso, que el propio legislador fue consciente de este problemático aspecto temporal, al instar al Gobierno en la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 3/2007 a la ampliación progresiva y gradual de la duración del permiso de paternidad hasta alcanzar el objetivo de las cuatro semanas a los seis años de su entrada en vigor (Moreno Gené, 2020: 39). Además, se considera que, en aras de fomentar de manera eficaz la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, «debería haberse integrado [...] el permiso por nacimiento de hijo dentro del permiso por paternidad, fijándose un único permiso» (Gala Durán, 2017: 64-65).

El mandato recogido en la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se concretó en la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida<sup>24</sup>. Antes de la entrada en vigor de la citada norma, resulta interesante puntualizar que la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009<sup>25</sup>, amplió en su disposición adicional sexta la suspensión del contrato de trabajo por paternidad en familias numerosas. En concreto, en la misma se determinó que dicha suspensión pasaría a tener una duración de veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjera en una familia numerosa, cuando la familia adquiriera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento o cuando en la familia hubiera una persona con discapacidad, duración que quedaría ampliada en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo, o si uno de ellos fuera una persona con discapacidad.

El Preámbulo de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, planteó la ampliación del periodo de paternidad exclusivo para el otro progenitor distinto de la madre biológica a cuatro semanas, con el fin de «incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares». Esta norma no modificó, sin embargo, el momento temporal de inicio de la causa de suspensión del contrato

---

<sup>24</sup> BOE de 7 de octubre de 2009, núm. 242.

<sup>25</sup> BOE de 24 de diciembre de 2008, núm. 309.

de trabajo por paternidad. Por ende, las cuatro semanas «se seguirían disfrutando «desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente»»<sup>26</sup>.

A pesar de que la disposición final segunda de la Ley determinaba que la misma debía entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2011, «la situación de crisis económica propició que diversas normas fueran aplazando su entrada en vigor, lo que finalmente se produjo el 1 de enero de 2017» (Cordero Gordillo, 2019: 15)<sup>27</sup>. Estos continuos aplazamientos supusieron un claro obstáculo e impedimento para la consecución de la finalidad perseguida con la norma, a saber, fomentar la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el ámbito laboral. Precisamente, el coste económico que suponía el periodo de paternidad, a cargo del Sistema público de la Seguridad Social, prevaleció sobre el papel del mismo como incentivo de la corresponsabilidad familiar (Gala Durán, 2017: 61). Así, este lapso temporal evidenció

que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en épocas de crisis en lugar de una inversión para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social (Ballester Pastor, 2011: 75).

El TRLET, de 23 de octubre de 2015, en su versión original, no amplió el periodo de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad. Así, el artículo 48.7 recogió el derecho del trabajador a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto múltiple en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo. Además, se mantuvo la previsión relativa al periodo de disfrute de tal derecho, a saber, desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente<sup>28</sup>.

Por su parte, la disposición final trigésima octava de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018<sup>29</sup>, amplió el periodo de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad de cuatro a cinco semanas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo. A pesar de esta ampliación, la regulación seguía sin garantizar la efectiva corresponsabilidad entre los dos progenitores (López Anioarte, 2019: 7).

En este contexto, y respecto de la finalidad de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en los supuestos de nacimiento, el Tribu-

---

<sup>26</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero de 2021, número de recurso 188/2019, Fundamento jurídico 3.º, apartado 3.

<sup>27</sup> Véase la disposición adicional undécima de la Ley 48/2015, de 29 de abril, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE de 30 de octubre de 2015, núm. 260).

<sup>28</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero de 2021, número de recurso 188/2019, Fundamento jurídico 3.º, apartado 4.

<sup>29</sup> BOE de 4 de julio de 2018, núm. 161.

nal Constitucional ha venido defendiendo que las razones que motivan una y otra son diferentes, de ahí que el Tribunal hubiera avalado la diferente duración prevista hasta ese momento de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad (Moreno Gené, 2020: 41 y Moreno Solana, 2019: 285). Así, según el Tribunal Constitucional, mientras el principal objetivo de la suspensión del contrato por paternidad introducida por la Ley Orgánica 3/2007 radicaba en favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ello en aras de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, la suspensión del contrato por maternidad tenía por objeto proteger la salud de la mujer trabajadora, así como «la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato»<sup>30</sup>. Sobre esta base, el Tribunal defendió en su Sentencia 111/2018, de 17 de octubre de 2018, recurso de amparo número 4344-2017, que

siendo diferentes las situaciones que se traen en comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley [artículo 14 de la Constitución] la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social<sup>31</sup>.

Ahora bien, a este último respecto, resulta de sumo interés traer a colación el Voto Particular emitido por la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón, en el que apuntó que el Tribunal había perdido la oportunidad

de diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitucional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad —en conexión con los artículos 15 y 43 CE—, y las finalidades, con igual cabida constitucional, asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral —artículos 14 y 35.1 CE—, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal —artículo 18 CE— que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta<sup>32</sup>.

En concreto, señaló la magistrada que

ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del de paternidad es (solo) la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres».

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo de 2011, cuestión de inconstitucionalidad 3515-2005, Fundamento jurídico 8.º. Asimismo, consúltense las Sentencias del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre de 2018, recurso de amparo número 4344-2017, Fundamentos jurídicos 5.º y 7.º; y 2/2019, de 14 de enero de 2019, recurso de amparo número 308-2018, Fundamento jurídico 4.º.

<sup>31</sup> Fundamento jurídico 7.º.

<sup>32</sup> Apartado 3.

Precisamente, añadió la magistrada que se trata de

repartir entre el padre y la madre [los progenitores] el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer<sup>33</sup>.

En todo caso, el Tribunal Constitucional reconoció que

es notorio que existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la Seguridad Social correspondiente), incluso hasta su equiparación con el permiso por maternidad<sup>34</sup>

al tiempo que consideró que

el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales [...], [puede] ampliar la duración del permiso de paternidad<sup>35</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo defendió —en un supuesto en el que se reconoce la prestación por maternidad a un trabajador que es el padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución— que la

actual regulación legal [...] no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral<sup>36</sup>.

Es decir, alejándose del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo reconoció que, mediante la protección de maternidad, se persiguen los fines constitucionales tanto de protección del menor como de conciliación de la vida familiar y laboral (López Aniorte, 2019: 8).

A partir de lo expuesto, la introducción —si bien tardía— de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad en la legislación española debe valorarse de manera positiva como medida orientada a promover y favorecer la corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares. Ciertamente, debe tenerse en cuenta que el

---

<sup>33</sup> Apartado 4.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2019, de 14 de enero de 2019, recurso de amparo número 308-2018, Fundamento jurídico segundo.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre de 2018, recurso de amparo número 4344-2017, Fundamento jurídico 8.º.

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 881/2016, de 25 de octubre de 2016, número de recurso 3818/2015, Fundamento jurídico 10.º.

objetivo de mayor participación de los [progenitores no gestantes] en el cuidado de sus menores propicia la verdadera conciliación de las responsabilidades familiares y laborales desde la perspectiva de la igualdad de género<sup>37</sup>.

En este sentido, se percibe en la evolución normativa expuesta

una tendencia a la bilateralización de la tutela mediante el reconocimiento a la madre o al padre de la posibilidad de disfrutar de los derechos sociolaborales [...] encaminados a facilitar el cuidado de los hijos y la referida búsqueda de la conciliación de la vida familiar y laboral orientada a fomentar la corresponsabilidad (Monereo Pérez y López Insua, 2016: 8).

Sin perjuicio de esta primera impresión, la exigua duración y el modesto alcance de esta suspensión, así como su carácter potestativo o voluntario, pusieron de manifiesto que su configuración no resultaba suficiente para lograr, de manera efectiva, el objetivo de la corresponsabilidad (Cordero Gordillo, 2019: 16; Ispizua Dorna, 2018: 581; Llorens Espada, 2017: 148; Moreno Gené, 2020: 69).

Ante este escenario, recientemente, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha equiparado la duración del derecho de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de los dos progenitores que, desde enero de 2021, es de dieciséis semanas. Tal y como se explica en la Exposición de Motivos, esta equiparación responde «a la existencia de una clara voluntad y demanda social»<sup>38</sup> y, con la misma,

se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

De este modo, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha reconocido

un derecho subjetivo, individual y exclusivo del otro progenitor a la suspensión del contrato de trabajo tanto en supuestos de paternidad biológica, como también en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de un menor (Moreno Gené, 2020: 69-70).

Sin duda alguna, esta equiparación

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2420/2017, de 11 de diciembre de 2017, número de recurso 2168/2017, Fundamento jurídico 3.º.

<sup>38</sup> Sobre esta cuestión, pueden consultarse las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 29 de noviembre de 2019, número de recurso 221/2019, Fundamento jurídico 4.º, y de 21 de febrero de 2020, número de recurso 275/2019, Fundamento jurídico 3.º.

constituye un paso necesario, aunque no suficiente, para evitar que las medidas de protección de la parentalidad o familia, y los efectos negativos que el mercado de trabajo les asocia, se vinculen exclusiva o principalmente a las mujeres (Pastor Martínez, 2019: 199).

Además, esta norma ha modificado el artículo 37.3.b) del TRLET, del que se ha suprimido la referencia al permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo/a (*cf.* artículo 2, apartado nueve). La eliminación de este permiso se basa, muy probablemente, en el hecho de que los fines perseguidos por el permiso de nacimiento han quedado comprendidos en la nueva configuración de la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de hijo/a (Moreno Gené, 2020: 38). Ahora bien, a este último respecto, ¿qué ocurre si el convenio colectivo aplicable establecía una mejora respecto de la previsión legal sobre el permiso retribuido por nacimiento?

Recientemente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este asunto, entendiendo que

la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, que reconocía el artículo 37.3 b) [TRLET], y la equiparación de la duración de la suspensión de contrato de trabajo de ambos progenitores, hacen inaplicable el precepto del convenio colectivo de empresa que mejoraba la previsión legal sobre aquel permiso<sup>39</sup>.

En concreto, entiende la Sala que la previsión del convenio colectivo en cuestión<sup>40</sup>, que reconocía que el padre disponía, «además del permiso legalmente establecido», de tres días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto, «no es sencillo que pueda tener vida autónoma propia una vez que aquel permiso legal ha desaparecido sin haber sido sustituido por ningún otro»<sup>41</sup>. En otras palabras, explica el Tribunal que una norma sobrevenida [esto es, la modificación de los artículos 37.3.b) y 48.4 del TRLET por el Real Decreto-Ley 6/2019] implica que la disposición del convenio colectivo objeto de disputa «haya perdido sus originarias finalidad y alcance»<sup>42</sup>. Junto con este argumento, el Tribunal Supremo también sostiene que el convenio colectivo en cuestión establece un momento temporal de ejercicio del permiso retribuido de tres días por nacimiento —desde la fecha en que se produzca el parto— que «no es com-

<sup>39</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero de 2021, número de recurso 188/2019, Fundamento jurídico 4.º.

<sup>40</sup> Artículo 30 del Convenio Colectivo de empresa de Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos, S.A. [Resolución de 13 de noviembre de 2018, de la Directora de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos, S.A., 2017-2020. (Boletín Oficial del País Vasco núm. 229 de 28/11/2018)].

<sup>41</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero de 2021, número de recurso 188/2019, Fundamento jurídico 4.º, apartado 2.

<sup>42</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico 4.º, apartado 3.

patible ni puede conciliarse con las previsiones sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento»<sup>43</sup>. Es decir, teniendo en cuenta que el periodo de suspensión de seis semanas inmediatamente posteriores al parto es obligatorio, entiende el Alto Tribunal que no es posible disfrutar después de ese tiempo de los días de permiso de manera independiente (Palomino Saurina, 2021: 3). De este modo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, a saber, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1438/2019, de 16 de julio de 2019, número de recurso 16/2019, en la que se concluía que

no puede aceptarse la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación a idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley)<sup>44</sup>.

Resulta oportuno señalar que la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco contó con un voto particular del magistrado Don Juan Carlos Benito Butrón, en el que manifestó que

a falta de una disposición expresa derogatoria de las normas convencionales, la actual disposición derogatoria única del RDL 6/2019, solo conforma la derogación de normas de igual o inferior rango que se opongan o contradigan lo dispuesto en dicho RDL, pero no establece de forma expresa ningún tipo de derogación de las normas convencionales que mejoren o superen la consecución de los derechos tratados<sup>45</sup>.

En este sentido, argumentó el magistrado que

las normas convencionales pueden complementar, mejorar derechos básicos reglados en el [TRLET], cuya modificación o reforma, en tanto en cuanto no desborda o contradiga los derechos mejorados, deben mantenerse subsistentes los que sean beneficiosos de conformidad con lo ya negociado, atendiendo al principio de favorabilidad de sus efectos positivos, al margen de la prioridad y preferencia aplicativa jerárquica<sup>46</sup>.

Este posicionamiento coincide con la argumentación que había venido sosteniendo la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>47</sup>, al considerar que «la finalidad del permiso [reconocido en el convenio colectivo] subsiste aún después

<sup>43</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico 4.º, apartado 2.

<sup>44</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1438/2019, de 16 de julio de 2019, número de recurso 16/2019, Fundamento jurídico 2.º.

<sup>45</sup> Voto Particular, Fundamento jurídico 3.º.

<sup>46</sup> *Ídem*.

<sup>47</sup> Por ejemplo, en las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 140/2019, de 29 de noviembre de 2019, número de recurso 221/2019, Fundamento jurídico 4.º; 22/2020, de 21 de febrero de 2020, número de recurso 275/2019, Fundamento jurídico 3.º; y 6/2021, de 3 de febrero de 2021, número de recurso 247/2020, Fundamento jurídico 5.º.

del periodo de suspensión del contrato»<sup>48</sup>. Sin embargo, recientemente, tras la sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ha modificado su postura, no solamente por la mayor jerarquía del Tribunal Supremo, sino también «por las convincentes razones que fundamentan su decisión»<sup>49</sup>.

## 5. Actual regulación de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento

Tal y como se ha avanzado en el apartado anterior, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha equiparado la duración del derecho de los dos progenitores a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, mediante la modificación del apartado 4 del artículo 48 del TRLET. Si bien la aprobación de esta norma ha sido considerada «precipitada e insuficiente», al mismo tiempo, se ha reconocido que la misma «difícilmente puede calificarse de innecesaria o banal» (Ballester Pastor, 2019: 14).

La reforma se ha llevado a cabo a través de la figura del Real Decreto-Ley que, de conformidad con el artículo 86.1 de la Constitución, requiere «extraordinaria y urgente necesidad» para su adopción por el ejecutivo. En la Exposición de Motivos de la norma se argumenta que «la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales», lo que «exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado». No cabe duda que la desigualdad es una realidad incontestable que requiere la actuación de los poderes públicos; ahora bien, la desigualdad y la discriminación en el ámbito laboral por razón de sexo no son temas que hayan surgido repentinamente, sino que constituyen un problema anclado en la sociedad y en el mercado de trabajo. De ahí que pueda cuestionarse el correcto uso del Real Decreto-Ley en los términos exigidos por la Constitución (Ballester Pastor, 2019: 17).

Como paso preliminar, conviene comentar que, desde una perspectiva de terminología jurídica, uno de los aspectos novedosos introducidos a este respecto por el Real Decreto-Ley 6/2019, es el cambio en la denominación del permiso. Así, las expresiones «permiso de maternidad» y «permiso de paternidad» utilizadas por los textos jurídicos anteriormente citados pasan a denominarse «permiso por nacimiento». De este modo, el nuevo «permiso por nacimiento»

<sup>48</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 22/2020, de 21 de febrero de 2020, número de recurso 275/2019, Fundamento jurídico 3.º. Sobre esta cuestión, consúltese Molina Navarrete, 2020: 172-175.

<sup>49</sup> Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 56/2021, de 24 de marzo de 2021, número de recurso 340/2020, Fundamento jurídico 4.º.

unifica en el mismo los permisos de maternidad y paternidad (Molina González-Pumariega, 2020: 7). El principal objetivo de esta equiparación en la denominación radica en reforzar la finalidad de la corresponsabilidad, «eliminando el título por el que se ejerce (madre o padre)», de tal forma que el permiso por nacimiento surge «con relación al hecho físico del parto, constituyendo un derecho de igual configuración para la madre biológica y para el otro progenitor» (Ballester Pastor, 2019: 27). Este cambio terminológico, que en principio pudiera parecer insignificante, exige una lectura más detenida. Ciertamente, la principal finalidad de la equiparación de los anteriores permisos de maternidad y paternidad radica en fomentar el reparto de las responsabilidades familiares, de ahí que, como se verá, el permiso sea intransferible. En este sentido, la expresión «permiso por nacimiento» puede inducir a la confusión acerca de su verdadero propósito, ya que «da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible» (Ballester Pastor, 2019: 27). Además, la reforma

centra la regulación y la protección en el nacimiento y cuidado del menor y deja en un segundo plano el hecho de la maternidad biológica que, como hecho diferencial femenino, debe ser objeto de protección desde la perspectiva de la salud laboral y frente a las consecuencias negativas que para ella puede conllevar (Molina González-Pumariega, 2020: 8-9).

Ante este cambio de denominación, algunos autores advierten que futuros Gobiernos, no tan comprometidos con la corresponsabilidad en el seno familiar, podrían llegar a eliminar la referencia a la naturaleza intransferible del permiso al considerar que el bien principal perseguido con el mismo es el cuidado del menor (Ballester Pastor, 2019: 26; Lousada Arochena, 2019: 4; y Molina González-Pumariega, 2020: 9). Este hipotético cambio supondría, claramente, un retroceso en el camino hacia una efectiva corresponsabilidad.

Hecho este breve inciso, debe señalarse que, en virtud del apartado dieciocho del artículo 2 del mencionado texto normativo, en el caso de nacimiento, la materialización de la equiparación de los periodos de suspensión del contrato de trabajo debía producirse de manera paulatina en el caso del otro progenitor distinto de la madre biológica. Esto es, mientras la madre biológica debía disfrutar completamente de los periodos de suspensión desde su entrada en vigor —precisamente, la nueva suspensión por nacimiento se equipara a la anterior regulación de la suspensión por maternidad—, el periodo de suspensión del otro progenitor debía aplicarse de manera progresiva —y es que lo que se persigue es equiparar la situación del otro progenitor a la situación de la madre biológica— (Gorelli Hernández, 2019: 295). Conviene matizar que la expresión «progenitor distinto de la madre biológica», que ya había venido empleándose con el permiso de paternidad, resulta acertada al ajustarse a las distintas realidades sociales y familiares existentes (Moreno Gené, 2020: 31).

Así, primero, a partir de su entrada en vigor, el otro progenitor debía contar con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras debía disfrutarlas de manera ininterrumpida inmediatamente después del parto. A este respecto, se determinó que la madre biológica podría ceder al otro progenitor un periodo de hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. Cabe observar que, en esta primera fase transitoria, el periodo de suspensión anterior se vio incrementado en tres semanas, alcanzándose únicamente la mitad del periodo de dieciséis semanas.

Segundo, a partir del 1 de enero de 2020, el otro progenitor debía contar con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras debía disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente después del parto. En este supuesto, se contemplaba la posibilidad de que la madre biológica cediera al otro progenitor un periodo de hasta dos semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. En esta segunda etapa transitoria, el periodo de suspensión previo se vio aumentado en cuatro semanas, restando todavía cuatro para lograr el objetivo final de las dieciséis semanas.

Y, tercero, a partir del 1 de enero de 2021, se ha equiparado finalmente la duración de la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica y del otro progenitor, reconociéndose el derecho individual de cada progenitor a disfrutar de un permiso intransferible de dieciséis semanas de suspensión<sup>50</sup>. La regulación actual de la duración de la suspensión del contrato del otro progenitor como consecuencia del nacimiento «cumple con creces» el mínimo exigido para el permiso de paternidad por el artículo 4.1 de la Directiva (UE) 2019/1158, esto es, diez días laborables (Moreno Gené, 2020: 41).

Pues bien, de estas dieciséis semanas, las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que deben disfrutarse a jornada completa, son de carácter obligatorio para los progenitores. El artículo 48.4 especifica que, en el caso de la madre biológica, el disfrute de las seis semanas posteriores al parto de manera ininterrumpida y a jornada completa está orientado a proteger su salud, mientras que, en el supuesto del otro progenitor, la razón se fundamenta en el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil, en virtud del cual los progenitores deben «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». El diseño de la suspensión del contrato de trabajo del otro progenitor como «una auténtica obligación o deber del mismo, al menos, por lo que respecta a las primeras seis semanas», supone un avance indiscutible, habida cuenta de que en la regulación

---

<sup>50</sup> La duración actual del periodo de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento requiere ser objeto de estudio para valorar si realmente es suficiente en aras de lograr la finalidad propuesta por el mismo.

anterior esta suspensión se configuraba como un derecho de carácter dispositivo (Moreno Gené, 2020: 32).

Al hilo de esta última cuestión, cabe advertir que el disfrute obligatorio de seis semanas ininterrumpidas después del parto resulta lógico para la madre biológica, sobre todo, por razones de salud. Sin embargo, pueden surgir dudas acerca de la necesidad de que el otro progenitor disfrute obligatoriamente a continuación del parto de seis semanas ininterrumpidas de manera simultánea a la madre biológica y no en otro momento en el que pudiera asumir toda la responsabilidad del cuidado (Molina González-Pumariega, 2020: 12). En este sentido, esta configuración respecto del otro progenitor puede considerarse «excesivamente rígida», pudiendo haberse fijado un período inicial más corto, «lo cual además hubiera podido favorecer un eventual disfrute no simultáneo de mayor duración y, en consecuencia, un periodo total de cuidado del recién nacido por sus progenitores más prolongado» (Cordero Gordillo, 2019: 17-18 y Moreno Gené, 2020: 56).

Además, en relación con el establecimiento del disfrute obligatorio de las seis semanas posteriores al parto, lo cierto es que, al no contemplarse ningún mecanismo de control del ejercicio del derecho ni mecanismos de sanción en el caso de no disfrutarlas, puede resultar que, en la práctica, la medida no sea lo suficientemente incentivadora y, al final, dependa de la voluntad de los sujetos obligados (Ballester Pastor, 2019, 29 y Moreno Solana, 2019: 301). Así, esta obligación se configura «como un cierto brindis al sol, ya que una norma que establezca un deber legal de obligado cumplimiento debería tener consagrada su correspondiente sanción para el caso de incumplimiento» (Moreno Solana, 2019: 303). Más aún, es discutible que «la nota de obligatoriedad del descanso se haya limitado a las seis primeras semanas inmediatamente posteriores al parto [...] y no a todo el periodo de suspensión del contrato, es decir, las dieciséis semanas» (Moreno Gené, 2020: 34). Precisamente, el carácter voluntario de las diez semanas restantes puede llevar a algunos progenitores a reincorporarse al trabajo después de las seis primeras semanas y a rechazar el disfrute del tiempo restante, posibilidad que, evidentemente, afecta negativamente a la corresponsabilidad en la distribución de las responsabilidades familiares.

Uno de los aspectos más importantes del periodo de suspensión es su carácter intransferible, que pretende tener un impacto en el reparto equilibrado de responsabilidades familiares y evitar, así, la perpetuación de los estereotipos en relación con las tareas de cuidado<sup>51</sup>. Ciertamente, el carácter intransferible del permiso por nacimiento constituye un elemento fundamental para favorecer la corresponsabilidad, de ahí que deba valorarse positivamente.

---

<sup>51</sup> Acerca de esta cuestión, pueden consultarse Alonso Bravo, 2012: 143-143; Gala Durán, 2017: 66; Nieto Rojas, 2018: 620; y Rodríguez Pastor, 2018: 656.

En relación con este carácter intransferible del permiso por nacimiento, ¿qué ocurre en el caso de familias monoparentales? Esta cuestión resulta de sumo interés en tanto en cuanto las familias monoparentales, encabezadas en su mayoría por mujeres<sup>52</sup>, constituyen una realidad social en la que la conciliación personal, familiar y laboral suele resultar más compleja<sup>53</sup>. Pues bien, la norma no se pronuncia acerca de estos supuestos, habiendo desaprovechado el legislador la oportunidad con esta reforma de mejorar la protección de las familias monoparentales (Moreno Solana, 2019: 308). Así pues, en principio, cabe deducir que, en caso de nacimiento de hijo/a, el único progenitor tendrá derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante dieciséis semanas en los términos explicados anteriormente, sin ninguna singularidad (Molina González-Pumariega, 2020: 23 y Moreno Gené, 2020: 51). Claramente, esta situación provoca que «el menor esté menos tiempo cuidado y atendido que aquel menor que tenga a sus dos progenitores, siempre y cuando estos no disfruten de sus permisos de forma simultánea» (Molina González-Pumariega, 2020: 12).

Ante este vacío jurídico relativo a los nuevos modelos de familia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó el pasado 6 de octubre de 2020 una sentencia pionera, en la que se reconoce el derecho de la demandante, al frente de una familia monoparental, a incorporar a su prestación de dieciséis semanas las ocho semanas que hubiesen podido corresponder al otro progenitor para el caso de tratarse de una familia bilateral, con el correspondiente abono de la prestación de Seguridad Social que le hubiera correspondido al otro progenitor, ello sobre la base del principio general del interés superior del menor<sup>54</sup>.

Según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la prestación objeto de examen y la reforma introducida en el TRLET por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, «se congenia con tres vías claras: la protección del menor y en general de la infancia; la introducción de una medida de igualdad de

---

<sup>52</sup> Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, en los últimos años, las familias monoparentales han estado constituidas mayoritariamente por mujeres. Así, en el año 2020, de 1.944.800 familias monoparentales, 1.582.100 estaban encabezadas por mujeres y 362.700 por hombres; en el año 2019, de un total de 1.887.500 familias monoparentales, 1.530.600 estaban constituidas por mujeres y 356.900 por hombres; en el año 2018, de 1.878.500 familias monoparentales, 1.538.200 estaban constituidas por mujeres y 340.300 por hombres; en el año 2017, de 1.842.400 familias monoparentales, 1.529.900 eran familias constituidas por mujeres y 312.600 encabezadas por hombres; y, en el año 2016, de un total de 1.964.900 familias monoparentales, 1.591.200 estaban constituidas por mujeres y 373.700 por hombres (Instituto Nacional de Estadística. Encuesta continua de hogares: número de hogares monoparentales según sexo, edad y estado civil del progenitor).

<sup>53</sup> Sobre los principales problemas que padecen las familias monoparentales, *vid.* Goñi Sein, 2005: 16-18.

<sup>54</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre de 2020, número de recurso 941/2020, Fundamento jurídico tercero. Puede consultarse un comentario a la sentencia en Pérez Guerrero, 2021.

la mujer; y un elemento de conciliación de la vida familiar»<sup>55</sup>. En concreto, el Tribunal estima el recurso con base en la primera de las consideraciones y, para argumentar su decisión, invoca la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 26 de enero de 1990<sup>56</sup>, con base en el artículo 10.2 del texto constitucional, en virtud del cual

las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En primer lugar, el Tribunal aduce que, con base en la citada Convención, los Estados deben respetar los derechos enunciados en la misma, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares (*cf.* artículo 2). En segundo lugar, con base en los artículos 3 y 18 de la Convención, argumenta la Sala que todas las medidas adoptadas por las Instituciones Públicas o Tribunales deben considerar primordialmente el interés superior del niño. Y, en tercer lugar, el Tribunal recuerda que, en virtud del artículo 26 de la Convención, las prestaciones de la Seguridad Social deben reconocerse teniendo en cuenta la situación del niño y de las personas responsables de su mantenimiento. Más aún, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco alude a la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo<sup>57</sup>, en la que se aboga por la interpretación de las normas en materia de protección de la maternidad de acuerdo con el principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar, ello de acuerdo con el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>58</sup> —en virtud del cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar—, y el artículo 39 de la Constitución española —relativo a la protección a la familia y a la infancia—. Así pues, con base en estos razonamientos, la Sala determina que si se le deniega la prestación a la beneficiaria

<sup>55</sup> Fundamento jurídico 5.º.

<sup>56</sup> BOE de 31 de diciembre de 1990, núm. 313.

<sup>57</sup> Entre otras, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 881/2016, de 25 de octubre de 2016, número de recurso 3818/2015, Fundamento jurídico 9.º; 953/2016, de 16 de noviembre de 2016, número de recurso 3146/2014, Fundamento jurídico 10.º; 1005/2017, de 14 de diciembre de 2017, número de recurso 2859/2016, Fundamento jurídico 2.º.

<sup>58</sup> BOE de 10 de octubre de 1979, núm. 243.

existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño [...], por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir<sup>59</sup>.

En esta misma línea, la reciente sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia 168/2021, de 10 de mayo de 2021, avala los argumentos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y reconoce a una madre, que constituye una familia monoparental, el derecho a sumar ocho semanas a su periodo de suspensión del contrato de trabajo de dieciséis semanas. En concreto, en la sentencia se explica que

la demandante no se está adueñando de ningún derecho, dado que no existe otro progenitor que tenga derecho al periodo de disfrute solicitado por la actora y, por tanto, no se trata de ninguna transferencia de su derecho individual<sup>60</sup>.

En relación con la duración del periodo que se reconoce a la demandante, la juzgadora considera que

únicamente tendría derecho [...] a las ocho semanas restantes de permiso de nacimiento y cuidado del menor, por ser éstas las que, verdaderamente, no han disfrutado ni la demandante ni el menor por el hecho de ser familia monoparental, no pudiendo ser admisible esta diferencia conforme a la normativa internacional y constitucional citada<sup>61</sup>.

Precisamente, se argumenta en la Sentencia que

debiendo haber sido disfrutadas por el otro progenitor cuatro semanas inmediatamente posteriores al parto, respecto de estas semanas no podría suscitarse una quiebra del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española<sup>62</sup>.

De este modo, de las doce semanas de suspensión del contrato que hubieran correspondido al otro progenitor por nacimiento —téngase en cuenta que el nacimiento se produjo en 2020, momento en el que correspondían al otro progenitor doce semanas de suspensión del contrato de trabajo, de las cuales las cuatro primeras debían disfrutarse inmediatamente después del parto—, en la Sentencia no se reconocen a la demandante las primeras cuatro semanas, sino solamente las ocho semanas restantes.

<sup>59</sup> Fundamento jurídico 5.º.

<sup>60</sup> Fundamento jurídico 3.º.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> *Idem*.

Si bien estas resoluciones no son firmes —habrá que esperar a conocer la postura del Tribunal Supremo—, pueden ser la antesala de futuros pronunciamientos en esta misma dirección e, incluso, de una futura reforma del TRLET que tenga en consideración los nuevos modelos de familia<sup>63</sup>.

Con respecto a la duración de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, el artículo 48.6 del TRLET contempla dos supuestos en los que se ampliará el periodo de suspensión reconocido: por un lado, el caso de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento; y, por otro lado, el supuesto de nacimiento múltiple, por cada hijo/a distinto del primero. La dicción literal de esta previsión puede acarrear, sin embargo, problemas interpretativos. Precisamente, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, se establece que «la suspensión del contrato [...] tendrá una duración adicional de dos semanas», matizándose que será «una para cada uno de los progenitores». Sin embargo, en el caso de nacimiento múltiple, se dispone que procederá «igual ampliación», pero no se incluye ninguna puntualización respecto del reparto de dicha ampliación entre los dos progenitores. Esta circunstancia comporta dos posibles interpretaciones respecto de la ampliación del periodo en supuestos de nacimiento múltiple, a saber: por un lado, puede entenderse que el periodo adicional de descanso debe repartirse igual que en el caso de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, esto es, que a cada uno de los progenitores le corresponde una semana adicional; pero, por otro lado, cabe la posibilidad de entender que el periodo adicional, es decir, las dos semanas, puede ser disfrutado por un único progenitor (Moreno Gené, 2020: 49).

Resulta oportuno señalar que, en los casos de parto prematuro y en los supuestos en que, por cualquier otra razón, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión puede computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. No obstante, se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, «de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica» (*cf.* artículo 48.4. tercer párrafo del TRLET). La literalidad de este último inciso —que solamente se refiere a la madre biológica— siembra la duda acerca de si el otro progenitor también está obligado a excluir las seis semanas posteriores al parto. Al no hacerse alusión al otro progenitor, puede entenderse que el mismo

podría reincorporarse al trabajo antes de que transcurran las seis semanas posteriores al parto y retomar posteriormente el disfrute del periodo de suspensión», interpretación que «beneficiaría además el cuidado del menor durante un periodo de tiempo más prolongado una vez reciba el alta hospitalaria (Cordero Gordillo, 2019: 19).

---

<sup>63</sup> Consúltense una visión crítica sobre este tema en Molina Navarrete, 2021: 175-178.

Además, siguiendo esta interpretación, el otro progenitor podría disfrutar, mientras tanto, del permiso reconocido en el artículo 37.5 del TRLET, en virtud del cual tendría derecho a ausentarse del trabajo durante una hora o a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario en este último caso.

Asimismo, en los supuestos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros casos en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión debe ampliarse en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, eso sí, con un máximo de trece semanas adicionales. Es decir, en estos supuestos, la ampliación del periodo de duración de la suspensión queda supeditada a la concurrencia de dos requisitos: por un lado, que el recién nacido requiera hospitalización a continuación del parto, y, por otro lado, que esta hospitalización tenga una duración superior a siete días. Respecto de la ampliación de la suspensión del contrato en estos casos, no se recoge ninguna pauta o norma concreta de reparto del tiempo de suspensión entre los progenitores, por lo que cabe entender que se trata de un derecho individual de cada progenitor (Moreno Gené, 2020: 54).

A grandes rasgos, esta previsión encuentra su razón de ser en el hecho de que siendo el objetivo de la suspensión del contrato de trabajo proporcionar los cuidados necesarios al recién nacido y favorecer el establecimiento de las relaciones paterno-filiales, en los casos de hospitalización los cuidados son dispensados principalmente por la institución sanitaria y la compleja situación a la que se enfrentan tanto el recién nacido como los progenitores dificulta el establecimiento de las relaciones paterno-filiales, lo que lleva a ampliar la duración de la suspensión del contrato de trabajo en aras de facilitar y favorecer el estrechamiento de los vínculos familiares entre los progenitores y el recién nacido (Moreno Gené, 2020: 53-54). Respecto del alcance de esta previsión, obsérvese que el legislador se refiere expresamente a la «hospitalización a continuación del parto» y no a la «hospitalización con posterioridad al parto» (Gorelli Hernández, 2019: 290). Pues bien, una interpretación restrictiva de la expresión empleada por el legislador —hospitalización a continuación del parto—, llevaría a cuestionar el reconocimiento de estos derechos cuando la hospitalización se produjera en un momento próximo, pero con posterioridad al parto, lo que impediría, al final, la consecución de la finalidad perseguida por la nueva regulación. Por ende, conviene realizar una interpretación amplia y flexible de esta expresión (Gorelli Hernández, 2019: 290 y Moreno Gené, 2020: 53). A tal fin, puede tenerse en consideración lo establecido en el artículo 8.11 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural<sup>64</sup>, en virtud del cual

---

<sup>64</sup> BOE de 21 de marzo de 2009, núm. 69.

a efectos de la ampliación del periodo de descanso por maternidad que corresponda, [...] en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto.

Tras analizar los supuestos en los que se permite la ampliación del periodo de suspensión del contrato de trabajo, cabe advertir que el legislador no hace ninguna mención específica a las familias numerosas —recuérdese que la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, contempló la ampliación del periodo de suspensión del contrato por paternidad en el caso de las familias numerosas—. Si bien es cierto que la equiparación del periodo de suspensión de ambos progenitores puede llevar a concluir que no es necesaria una ampliación del periodo en el caso de las familias numerosas, lo cierto es que

las especiales necesidades que pueden plantearse en este tipo de familias parecen justificar un tratamiento específico de las mismas en esta materia y, en consecuencia, justificarían plenamente una ampliación de la duración del periodo de suspensión del contrato de trabajo (Moreno Gené, 2020: 51).

En el caso del fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión será el mismo, esto es, no se verá reducido, salvo que, finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo. En este supuesto, los dos progenitores pueden disfrutar la totalidad del permiso hasta el máximo de dieciséis semanas, computando, en su caso, el tiempo que hubieran disfrutado antes del fallecimiento (Lousada Arochena, 2019: 5). Cabe observar que, tras la reforma, no se recoge el supuesto de fallecimiento de la madre biológica. Se entiende que esta falta de previsión radica en la equiparación del periodo de suspensión de los dos progenitores, al mantener el progenitor distinto de la madre biológica el derecho de suspensión en su integridad (Pérez Anaya, 2021: 10).

Dicho esto, resulta oportuno comentar la estructura y la forma de disfrute de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento ya que, tras la reforma, la misma se configura como una suspensión fraccionable (Ballester Pastor, 2019: 27). Tal y como se ha adelantado, el nacimiento suspende el contrato de trabajo de los dos progenitores durante dieciséis semanas, de las cuales son obligatorias las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que deben disfrutarse de manera ininterrumpida. Ahora bien, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, la suspensión del contrato de trabajo puede distribuirse a voluntad de los progenitores, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o hija cumpla doce meses. En otras palabras, el permiso por nacimiento puede fraccionarse por semanas completas a partir de la finalización de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto hasta que el o la menor cumpla doce meses.

Respecto del disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de los periodos, se determina que el mismo debe comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. Este plazo de preaviso tiene como finalidad permitir a la empresa adaptar su organización a esta circunstancia. Al tratarse de una «mera obligación informativa», no cabe entender que la misma constituye una solicitud de autorización a la que el empresario pueda oponerse (Moreno Gené, 2020: 63). Sin embargo, se considera que la exigencia de un plazo de preaviso de quince días resulta excesiva si lo que realmente se pretende con el fraccionamiento del periodo de suspensión «es favorecer la adaptación del disfrute del derecho a las concretas y diferentes necesidades que puede tener cada beneficiario» (Gorelli Hernández, 2019: 288-289).

A modo de excepción, se dispone que la madre biológica puede anticipar el disfrute del permiso hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista de parto. Esta posibilidad de anticipación no se concede al otro progenitor,

aunque no hubiera sido inoportuno concedérselo con un límite razonable [...] en particular si el padre se encontrase desplazado por motivos laborales, y con la finalidad precisamente de poder acompañar a la madre en el momento del parto (Lousada Arochena, 2019: 6).

Esta posibilidad de adelantamiento para la madre biológica requiere, sin embargo, una reflexión. Y es que, si la madre biológica adelanta el disfrute del permiso, se limita y recorta el periodo orientado a cuidar del hijo/a después del parto. Así, se considera que se trata esta de una «simple reminiscencia del pasado que no tiene sentido mantener» (Moreno Solana, 2019: 306)<sup>65</sup>. Precisamente, existen en la actualidad vías alternativas para acceder a la suspensión del contrato de trabajo antes del parto y mantener intacto el permiso de dieciséis semanas, ya que la necesidad de suspender el contrato de trabajo antes del parto se debe a una contingencia común o profesional, según el caso, vinculada a la necesidad de proteger la salud de la trabajadora (López Anierte, 2000: 126; Moreno Solana, 2019: 306; Rodríguez Escanciano, 2005: 59). A este último respecto, es preciso tener en cuenta que la suspensión del contrato de trabajo por contingencias comunes supone una reducción de los ingresos, ya que la cuantía de la prestación por incapacidad temporal será del 75% de la base reguladora. Para evitar esta merma de ingresos,

se podría haber pensado en aumentar este porcentaje cuando la [incapacidad temporal] tiene por causa la situación del embarazo; o quizá se podría haber dado nueva redacción a la situación protegida del riesgo durante el embarazo (Moreno Solana, 2019: 306).

---

<sup>65</sup> Sirva de ejemplo el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261), que no contempla en su artículo 49 la posibilidad de la madre biológica de anticipar la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento.

Pues bien, a simple vista, esta nueva regulación, en virtud de la cual el periodo de suspensión del contrato de trabajo puede fraccionarse en semanas completas, puede parecer acertada en aras de proporcionar «mayor margen de organización a los progenitores en el cuidado y atención al menor» (Molina González-Pumariega, 2020: 17). Dicho de otro modo, la flexibilidad para disfrutar del periodo de suspensión favorece la adaptación de este derecho a las específicas necesidades personales y familiares de los progenitores (Moreno Gené, 2020: 71). Sin embargo, esta nueva configuración del periodo puede resultar problemática en la práctica, de ahí que no esté libre de críticas. Por un lado, desde la perspectiva empresarial, la posibilidad de los trabajadores de disfrutar de semanas interrumpidas a lo largo de los doce meses posteriores al nacimiento, con el preaviso de quince días, puede constituir un problema organizativo y puede llegar a tener un impacto negativo en el rendimiento de las personas trabajadoras que se acogen a este régimen. Incluso, podría suceder que algunas personas trabajadoras se pudieran ver presionadas por la empresa para acogerse a este disfrute interrumpido según las necesidades productivas de la empresa. Por otro lado, desde el punto de vista de las personas trabajadoras, el disfrute interrumpido de la suspensión podría dificultar una verdadera desconexión del trabajo, repercutiendo negativamente en la calidad del cuidado y atención a los menores de edad (Molina González-Pumariega, 2020: 17-18).

Más aún, respecto de la maternidad biológica, la nueva estructura de la suspensión colisiona con la normativa europea. Precisamente, el artículo 8.1 de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)<sup>66</sup>, dispone que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas, las trabajadoras que hayan dado a luz y las trabajadoras en periodo de lactancia, disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto. En efecto, la normativa europea se refiere al disfrute ininterrumpido del permiso de maternidad, por lo que la nueva previsión del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, que permite el fraccionamiento de las diez semanas restantes tras el disfrute de las primeras seis semanas después del parto, puede plantear problemas para adecuarse a la Directiva 92/85/CEE (Moreno Solana, 2019: 300 y Pastor Martínez, 2019: 201). Ciertamente, debe tenerse en consideración que esta garantía del carácter ininterrumpido del permiso de maternidad que establece la normativa europea «no es un requisito caprichoso, incomprensible y rígido, sino una prescripción justificada dirigida a que la trabajadora no se encuentre forzada a renunciar a su permiso de

---

<sup>66</sup> DOCE de 28 de noviembre de 1992, núm. 348.

maternidad» (Ballester Pastor, 2019: 29). Tal y como ha señalado la doctrina, en principio, podría alegarse que el disfrute fraccionado de estas diez semanas constituye una mera posibilidad de la trabajadora, quien no pierde el derecho a disfrutar de la suspensión de manera continuada, de modo que la nueva previsión contemplada en el TRLET constituiría una mejora respecto de lo establecido en la Directiva. Sin embargo, al mismo tiempo, la doctrina pone de manifiesto que esta interpretación puede tener un «efecto perverso» consistente en que la trabajadora se vea obligada a reincorporarse a su puesto de trabajo y disfrutar del resto del permiso en las fechas más convenientes para la empresa, lo que, al fin y a la postre, acabaría desvirtuando la razón de ser del derecho de la trabajadora a fraccionar las diez semanas restantes (Ballester Pastor, 2019: 29; Cordero Gordillo, 2019: 12; Lousada Arochena, 2019: 6-7; Moreno Solana, 2019: 300-301; Pastor Martínez, 2019: 201).

Al mismo tiempo, la nueva regulación señala que, después de las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, la suspensión puede disfrutarse bien en régimen de jornada completa bien en régimen de jornada parcial, eso sí, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. Este último requerimiento, relativo al acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, resulta problemático. Por un lado, en relación con el disfrute de las diez semanas restantes en régimen de jornada completa, si se atiende al tenor literal del precepto, se requiere llegar a un acuerdo previo con la empresa, lo que plantea la duda de qué puede ocurrir si la empresa se niega a aceptarlo con base en razones fundadas y objetivas. Esta exigencia puede suponer un claro retroceso respecto de la anterior regulación y, además, dificultar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos (Moreno Solana, 2019: 304). Y, por otro lado, el previo acuerdo exigido entre la empresa y la persona trabajadora evidencia que la suspensión del contrato de trabajo a tiempo parcial por nacimiento constituye «una mera posibilidad condicionada al acuerdo con el empresario» (Ballester Pastor, 2019: 29 y Moreno Gené, 2020: 65). En este sentido, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2019 ha perdido la oportunidad de regular el disfrute de la suspensión del contrato de trabajo a tiempo parcial «como auténtico derecho de la persona trabajadora, siendo como es un instrumento importante de conciliación, y sin necesidad de que su disfrute dependiera de una negociación y acuerdo con la empresa» (Molina González-Pumariega, 2020: 19), medida que hubiera ayudado a promover, de manera más eficaz, la corresponsabilidad familiar.

El primer inciso del último párrafo del artículo 48.4 del TRLET dispone que

la persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Se trata de una norma general que afecta a todo el régimen jurídico de la suspensión del contrato por nacimiento, en virtud de la cual la persona trabajadora tiene el deber de preavisar a la empresa antes del comienzo de la suspensión acerca de cómo pretende configurar su disfrute, debiendo tener en cuenta, en su caso, la forma y las condiciones de comunicación establecidas a través de la negociación colectiva (Gorelli Hernández, 2019: 291). Además, debe recordarse que, si la persona trabajadora opta por el disfrute fraccionado, debe respetar nuevamente el preaviso de quince días a la hora de comunicar a la empresa el disfrute de cada periodo semanal o la acumulación de varios periodos semanales.

Pues bien, respecto de la regla general relativa al deber de preavisar, la norma no señala el momento concreto sobre el que debe preavisarse. En el caso de que la madre biológica decida adelantar el disfrute de la suspensión antes del parto, se entiende que debe avisar al empresario, como mínimo, quince días antes de comenzar el disfrute de dicho periodo. En el resto de los casos, la suspensión del contrato comenzará con el parto, ya que las primeras seis semanas deben disfrutarse inmediatamente después del mismo. En este supuesto concreto, en el que la suspensión del contrato se produce con el parto, ¿cuándo debe producirse el preaviso? Siguiendo la literalidad del precepto, se entiende que el preaviso debe realizarse, como mínimo, quince días antes del parto. Al respecto, aunque existe una fecha prevista de parto, debe tenerse presente que dicha fecha es una mera aproximación y que el parto puede producirse tanto antes como después de la misma. En este sentido, si se preavisa quince días antes de la fecha prevista de parto y, finalmente, el parto se retrasa, no habría ningún problema, ya que la persona trabajadora estaría cumpliendo el preaviso mínimo de quince días. Ahora bien, si el parto se adelanta, es probable que la persona trabajadora o bien no haya preavisado o bien lo haya hecho, pero con menos de quince días de antelación. Si se diera esta situación, se considera que el incumplimiento del preaviso mínimo de quince días no puede repercutir sobre el derecho a la suspensión, ya que «sería totalmente contrario a la finalidad de la misma retrasar el comienzo de la suspensión por falta de preaviso» y, además, contravendría el disfrute obligatorio de las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto (Gorelli Hernández, 2019: 292).

En relación con los supuestos en los que los dos progenitores trabajen en la misma empresa y ejerzan el derecho a la suspensión por nacimiento, se establece en el segundo inciso del último párrafo del artículo 48.4 del TRLET que la dirección de la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas que deberá motivar debidamente por escrito. Parece, pues, que «el legislador está protegiendo más la organización de la empresa que el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar» (Pérez Anaya, 2021: 17). Además, en esta ocasión también cabe percibir la falta de precisión en la redacción de la disposición. Así, el legislador se limita a contemplar, de manera genérica, la posibilidad que tiene la empresa de limitar el ejercicio simultáneo del derecho a la

suspensión del contrato por nacimiento, sin delimitar el periodo concreto al que puede afectar tal limitación. A este respecto, ¿puede el empresario limitar el disfrute simultáneo del periodo en su integridad o se excluyen de tal limitación las seis semanas de disfrute obligatorio? Pues bien, teniendo en consideración que las seis semanas inmediatamente posteriores al parto tienen naturaleza obligatoria, se entiende que el empresario no puede impedir el disfrute simultáneo de las mismas, incluso cuando puedan existir objetivas razones empresariales (Gorelli Hernández, 2019: 292-293).

En suma, puede decirse que el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, constituye una «norma importante», pero «la urgencia, la ausencia de debate y preparación parlamentaria, constituyen factores que explican su cuestionable calidad técnica» (Pastor Martínez, 2019: 189).

## 6. A modo de conclusión

A partir del análisis realizado, debe concluirse que la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, mediante la cual se ha equiparado el periodo de suspensión del contrato de trabajo de los dos progenitores por nacimiento de hijo/a, muestra la voluntad, tanto política como social, de avanzar hacia una corresponsabilidad real en el ámbito de las responsabilidades familiares. Así, mediante la asimilación del periodo de suspensión del contrato de trabajo de los dos progenitores, el establecimiento de un periodo obligatorio de suspensión del contrato para ambos y el carácter intransferible del derecho, se consiguen suplir algunas de las importantes carencias que venía presentando hasta ahora la normativa en la materia, cuyo impacto en el reparto de las responsabilidades familiares había sido claramente insuficiente. De ahí que, en principio, la nueva regulación de la suspensión del contrato por nacimiento merezca una valoración positiva.

Sin perjuicio de este reconocimiento inicial, lo cierto es que los vacíos jurídicos, las deficiencias técnicas y los problemas prácticos e interpretativos que se han ido poniendo de manifiesto a lo largo del análisis demuestran que la nueva norma no ha conseguido efectuar una reforma global de la materia, entre otras posibles razones, por su precipitada y acelerada elaboración. En este sentido, si bien la reforma supone un avance indiscutible en el camino hacia una corresponsabilidad más efectiva en la asunción de las responsabilidades familiares, lo cierto es que no resulta óptima para lograr la materialización de esta finalidad de manera eficaz. Al respecto, se considera que un tema de esta entidad exige una cuidada, minuciosa y completa regulación.

Como consecuencia de todo lo expuesto, serán necesarias próximas reformas de la normativa sociolaboral en esta materia para seguir progresando hacia una

corresponsabilidad verdaderamente efectiva. En cualquier caso, en paralelo a los avances normativos, resulta imprescindible la implicación y el compromiso del conjunto de la sociedad en el camino hacia esta corresponsabilidad efectiva.

## 7. Bibliografía

- ALONSO BRAVO, Milagros (2012). «La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28.
- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier (2019). *Bases para el estudio del Derecho del Trabajo*. Madrid: Dykinson y la Academia Vasca de Derecho, 5.<sup>a</sup> edición.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2011). «La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria», *Lan harremanak: revista de relaciones laborales*, núm. 25.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo (2019). «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María (2017). «Más allá de la conciliación: hacia la corresponsabilidad», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, núm. 2, vol. 2.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto (2012). «Medidas de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100.
- CASTELLANO BURGUILLO, Emilia (2007). «Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 91.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa (2019). «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, núm. 3, vol. 7.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén (2018). «Permiso por paternidad», en Sánchez Trigueros, Carmen (Dir.) y Hierro Hierro, Francisco Javier y Kahale Carrillo, Djamil Tony (Coords.). *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- GALA DURÁN, Carolina (2017). «El permiso por paternidad: un balance tras casi diez años desde su implantación», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, núm. 406.
- GOÑI SEIN, José Luis (2005). «La familia monoparental: la ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer», *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 82.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2019). «Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2020). «Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019», González Ortega, Santiago (Coord.). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

- ISPIZUA DORNA, Enea (2018). «¿Hacia la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad?», AAVV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Tomo I*. Laborum: Murcia.
- LLORENS ESPADA, Julen (2017). «Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad», *Lan harremanak; revista de relaciones laborales*, núm. 38.
- LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen (2000). «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica», *Anales de Derecho: Universidad de Murcia*, núm. 18.
- LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen (2019). «Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad: la subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 10.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia (2002). «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 67.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2019). «Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 11.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2017). «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016», *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 1, vol. 9.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, Rocío (2020). «Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto-ley 6/2019», *Derecho Social y Empresa*, núm. 12.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2009). «La «novela» sobre el permiso de paternidad: ¿caso puede «hacerse el amor de padre» con el «desamor» de la ley?», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, núm. 321.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2021). «Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos de acumularlos en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, núm. 454.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar (2016). «La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2018). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 39.<sup>a</sup> Edición.
- MORENO GENÉ, Josep (2020). «De la suspensión del contrato por paternidad a la suspensión del contrato del otro progenitor por nacimiento de hijo: ¿un paso definitivo hacia la corresponsabilidad?», *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 227.
- MORENO SOLANA, Amanda (2019). «La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RDL 6/2019, de 1 de marzo», en De la Puebla Pinilla, Ana y Mercader Uguina, Jesús R. (Dirs.). *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO ROJAS, Patricia (2018). «La intransferibilidad de los permisos de paternidad como elemento básico para la corresponsabilidad. La recepción nacional de la propuesta de Directiva de permisos parentales», en AAVV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Tomo I*. Laborum: Murcia.

- PALOMINO SAURINA, Pilar (2021). «Incompatibilidad entre el permiso por nacimiento de un hijo y la suspensión del contrato por nacimiento», *Diario La Ley*, núm. 9817, edición digital.
- PASTOR MARTÍNEZ, Albert (2019). «Las medidas laborales del 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: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad», *Iuslabor*, núm. 1.
- PÉREZ ANAYA, Rosa María (2021). «La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y por adopción o acogimiento: un paso decisivo hacia la corresponsabilidad», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 76, edición digital.
- PÉREZ GUARDO, Rocío y SERRANO SERRANO, Natalia (2012). «¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 33.
- PÉREZ GUERRERO, María Luisa (2021). «Familias monoparentales: ¿es la regulación de la prestación y el permiso por nacimiento discriminatoria con las mujeres trabajadoras», Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, en <http://grupo.us.es/iwpr/2021/03/15/familias-monoparentales-es-la-regulacion-de-la-prestacion-y-el-permiso-por-nacimiento-discriminatoria-con-las-mujeres-trabajadoras/> (última consulta: 4 de junio de 2021).
- PRIETO PADÍN, Patricia (2021). *Las excedencias familiares y el trabajo*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (2017). «Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2005). «La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 82.
- RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo Emilio (2018). «El permiso y la prestación por paternidad en el contexto social actual y futuro», en AAVV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. Tomo II*. Laborum: Murcia.

# REFLEXIÓN EN TORNO AL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS REPARTIDORAS DE PLATAFORMAS DIGITALES

*Reflection around the legal framework of delivering people of digital platforms*

RAQUEL POQUET CATALÁ\*

Universidad de Valencia, España

## RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis en torno a la consideración jurídica de la nueva prestación de servicios surgida en el contexto de la actual digitalización, concretamente, de las personas repartidoras de las plataformas digitales. Se parte del análisis de las notas de laboralidad, especialmente, de la dependencia o subordinación y de la ajenidad, frente a la caracterización de la persona trabajadora por cuenta propia. Asimismo, se realiza un estudio del Derecho comparado de nuestro entorno, concretamente, de Francia e Italia, y, a partir de todo ello, plantear propuestas regulatorias.

Palabras clave: plataforma digital, Persona repartidora, Economía de las plataformas.

## ABSTRACT

*In this paper, it is carried out an analysis on the legal consideration of the new provision of services that arose in the context of the current digitization, specifically, of the people who delivery through the digital platforms. This paper starts from the analysis of the work notes, especially dependency or subordination and alienation, compared to the characterization of the self-employed person. Likewise, it is realized a study of the comparative law of our country, specifically, of France and Italy, and, based on all this, propose regulatory proposals.*

*Keywords: digital platform, Delivery person, Platform economy.*

\* **Correspondencia a:** Raquel Poquet Catalá. Passeig de Les Germanies, 104, 5-9, 46702 Gandía (Valencia), España. — [raquel.poquet@uv.es](mailto:raquel.poquet@uv.es) — <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

**Cómo citar:** Poquet Catalá, Raquel. (2021). «Reflexión en torno al encuadramiento jurídico de las personas repartidoras de plataformas digitales»; *Lan Harremanak*, 45, 79-109. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22798>).

Recibido: 10 mayo, 2021; aceptado: 14 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

La revolución digital, la automatización y la aparición de plataformas digitales ha planteado, entre otros, retos importantes al Derecho del Trabajo. Nuestra sociedad se halla inmersa en lo que se ha denominado la «digitalización de la economía» o la «cuarta revolución industrial» o «industria 4.0», y en este contexto surge la «economía de las plataformas».

Las plataformas digitales, íntimamente ligadas a la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, actúan en el mercado económico y laboral, ofreciendo servicios a consumidores pero a un precio más bajo, utilizando, para dichos servicios, a diversos actores que intervienen como intermediarios entre la plataforma digital y el consumidor final. Según la Comisión Europea la «gig economy» es definida como

modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro<sup>1</sup>.

Esta nueva actividad económica, conocida coloquialmente como Uber Economy, consiste en que las empresas que gestionan las plataformas digitales no operan como meras intermediarias, facilitando simplemente el intercambio de bienes y servicios entre particulares, sino que, ellas mismas ofrecen determinados servicios al mercado, y para ello, se sirven de personas trabajadoras —ahora autónomas—.

Y, en este contexto, las bases de las relaciones de trabajo sobre las que se ha sustentado tradicionalmente el Derecho Laboral han sufrido modificaciones considerables, alterando las estructuras y cimientos de la relación laboral, hasta el término de hablarse de «relaciones labores líquidas». Uno de los aspectos más importantes con los que se halla en estos momentos es en torno a la calificación jurídica que debe darse a los repartidores de estas plataformas digitales, los denominados «riders». Es decir, se trata de analizar si

---

<sup>1</sup> Comisión Europea, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2 de junio de 2016 [COM (2016) 356 final], p. 5. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016DC0356> (consultado el 26-5-2021)

al excluir con carácter general estas plataformas digitales del ámbito de la relación laboral a quienes efectivamente prestan los servicios ofertados por las mismas, se ajustan a la legalidad vigente o, si por el contrario, incurrir en una huida ilícita del Derecho del Trabajo, en virtud de la cual, trabajos que anteriormente eran prestados por trabajadores por cuenta ajena han pasado, mediante la irrupción de las nuevas tecnologías, a prestarse por cuenta propia o de forma independiente sin que dicha mutación se encuentre jurídicamente justificada (Moreno Gené, 2019: 65).

Como señala la doctrina, la innovación tecnológica participa de forma activa en la indefinición que se está produciendo en torno a los sujetos del contrato de trabajo, a través de nuevas formas de organización empresarial y nuevas formas de prestación de servicios por parte de las personas trabajadoras (Cavas Martínez, 2019: 65).

De ahí que para determinar si la relación que une a las plataformas con los prestadores de servicios tiene o no un carácter laboral, deberá acudirse al art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, (en adelante, ET), que define a la persona trabajadora asalariada, analizando los elementos configuradores de la relación laboral, esto es, voluntariedad, personal, retribución, ajenidad y dependencia o subordinación. Concretamente, el art. 1.1 ET conceptúa las personas trabajadoras por cuenta ajena como aquellas que «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». De estas notas definidoras, las claves son la dependencia y la ajenidad. La dependencia supone la sujeción de la persona trabajadora a las facultades de dirección y control de la empresa, quedando sometida a las órdenes, instrucciones y control de esta<sup>2</sup>, mientras que la ajenidad implica que la persona trabajadora no asume los riesgos derivados del trabajo, pues es la empresa quien asume el riesgo y ventura de la actividad productiva, pudiéndose manifestar tanto en los frutos, como en los riesgos o propiedad de los medios de producción. En concreto, la ajenidad se construye sobre tres dimensiones, cuales son, la ajenidad en los frutos, de tal forma que la persona trabajadora cede ab initio los resultados de su trabajo a la empresa; la ajenidad en los riesgos, por la que la persona trabajadora lleva a cabo su trabajo a cambio de un salario, mientras que la empresa corre con los distintos riesgos, favorables o adversos, que se deriven de aquella actividad productiva; y la ajenidad en el mercado, pues entre la persona trabajadora que produce un bien o presta un servicio y el consumidor se interpone, jurídicamente hablando, un tercero, quien, co-

---

<sup>2</sup> STS de 19 de febrero de 2014, rec. núm. 3205/2012, que señala que «la dependencia, [debe ser] entendida como esa integración en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), que es la fórmula que emplea el artículo 1 del ET, cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la autonomía profesional imprescindible en determinadas actividades».

brando un precio por el bien o servicio, paga un salario a la persona trabajadora (Sáenz de Buruaga Azcargorta, 2019: 403).

Por el contrario, la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma es definida en el art. 1.1 Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo, Ley 20/2007, de 11 de julio (en adelante, LETA) como aquella que realiza «de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena». De esta definición se extraen como características esenciales de la misma el que sea un trabajo personal y directo, habitual, por cuenta propia, con independencia organizativa y con ánimo de lucro.

La diferencia entre la persona trabajadora por cuenta ajena y por cuenta propia se halla básicamente en las dos notas esenciales citadas anteriormente, esto es, en la dependencia y la ajenidad pues, tal y como tiene señalado nuestro alto tribunal, «la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes, sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar»<sup>3</sup>. Y es aquí donde se halla el escollo de la cuestión, pues las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han flexibilizado en gran manera estas notas de subordinación y dependencia permitiendo múltiples formas de organización del trabajo que, a pesar de ser por cuenta ajena, gozan de flexibilidad y libertad en la organización del trabajo. De ahí, que nuestro alto tribunal<sup>4</sup> haya declarado que el trabajo subordinado no es incompatible con un espacio de autonomía o libertad en el desarrollo de la prestación de servicios.

El art. 11.1 LETA define a las personas trabajadoras económicamente dependientes como aquellas

que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Por tanto, y a diferencia de la persona asalariada, se recogen aquí tres elementos constitutivos, cuales son, el trabajo ha de ser personal, desarrollado en régimen de dependencia económica y con ausencia de subordinación jurídica. Como se observa, en este precepto, aparecen elementos propios del trabajo por cuenta propia, con otros elementos que reiteran características que se desprenden de forma directa de la relación laboral por cuenta ajena (Galiana Moreno y

<sup>3</sup> STS de 21 de enero de 2000, rec. núm. 582/1999.

<sup>4</sup> SSTs de 19 de febrero de 2014, rec. núm. 3205/2012; de 6 de octubre de 2010, rec. núm. 2010/2009.

Selma Penalva, 2009: 294). No cabe duda de la autonomía funcional y de organización de los TRADE, ya que prestan su actividad en base a criterios propios, aunque limitados a la cuota de mercado. No se trata de una persona trabajadora autónoma que dispone libremente de sus servicios para los consumidores que conformen el mercado de trabajo, sino que queda restringido su poder de decisión a un solo cliente del que obtiene el 75 % de sus ingresos. De cualquier forma, la característica fundamental de esta figura es su dependencia económica, que no debe confundirse con la dependencia jurídica (Montoya Melgar, 2005: 39), pues la dependencia económica queda institucionalizada a través de un contrato de prestación de servicios que debe registrarse en la oficina pública correspondiente. La dependencia entre el TRADE y su cliente no es sólo económica, sino que este último ejerce una función de coordinación que resulta de contornos imprecisos pero en cuyo fondo no es difícil descubrir algo muy parecido a la dependencia jurídica, aunque más debilitada.

De ahí, la necesidad de una regulación que aclare la situación de estas personas repartidoras. El RDL 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incluye dos disposiciones. Una de ellas es el establecimiento de una presunción de laboralidad por la que las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de productos, por parte de empresas que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital, se consideran relaciones laborales sujetas al ET. Por tanto, se aboga por la laboralidad de esta relación prohibiendo que los riders sean falsas personas trabajadoras autónomas. Tras varios meses de negociaciones, el acuerdo alcanzado pasa por definir la relación entre los riders y las plataformas digitales como laboral y no como mercantil, de tal forma que las plataformas deberán dar de alta en el régimen general de la Seguridad Social a las personas repartidoras sin que puedan ser personas trabajadoras autónomas.

En la segunda disposición se modifica el art. 64 ET para incluir la obligación de las plataformas de informar a la representación legal de las personas trabajadoras de las reglas que encierran los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial que pueden incidir en las condiciones laborales por las que se rigen las plataformas, incluyendo el acceso y mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles. Como es sabido, el algoritmo que utilizan estas plataformas, según la posición de la persona repartidora, el pedido que se realiza, y la distancia a recorrer, escoge al rider que más minimice los costes del reparto y aumente los beneficios. Además, con él también reparte las horas que las personas repartidoras pueden trabajar, siendo las noches del fin de semana las de mayor disponibilidad, y premia con más pedidos a aquellas que más puntuación y más repartos hagan. Por contra, también penaliza la puntuación a aquellas personas repartidoras que rechazan realizar un pedido.

## 2. Caracterización fáctica de las plataformas y los riders

Debe partirse de la indicación de que existen diversos tipos de plataformas digitales, que pueden clasificarse de acuerdo con criterios diferentes, esto es, en función de la titularidad, naturaleza económica, tipo de transacciones, lugar de prestación de los servicios... No obstante, a estos efectos, interesan aquellas plataformas digitales que no actúan como meras intermediarias, sino que realizan una gestión de los servicios, utilizando para ello personal con el que cuentan hallándose en este último aspecto, la cuestión sobre la naturaleza jurídica del vínculo que le une a su personal.

Si se analizan los datos fácticos del funcionamiento de esta nueva forma de prestación de servicios, pueden destacarse los siguientes.

En primer lugar, estamos ante empresas que mediante la gestión de una plataforma informática prestan servicios de recadería y reparto vía web, o App. Para ello, se sirven de una aplicación que pone en contacto a consumidores o usuarios de la plataforma que están interesados en un determinado producto, siéndole entregado mediante unas personas repartidoras utilizando su bicicleta, motocicleta o patinete eléctrico. Los usuarios de la plataforma pueden realizar un pedido de mensajería, a través del cual la empresa recoge el producto en el lugar indicado por el usuario y lo entrega en el lugar indicado por el mismo, o bien un pedido de recadería, a través del cual se encarga a la empresa que compre un determinado producto y que le sea entregado en el lugar indicado por el usuario. Para realizar dichas entregas, la plataforma se sirve de los mensajeros-repartidores o «riders» o también denominados «glovers».

En segundo lugar, las personas repartidoras reservan, durante la semana anterior, mediante la App la franja horaria en la que desea trabajar para la siguiente semana. Si tiene abierta la aplicación en la franja horaria y en la zona geográfica elegida, le entran los pedidos requeridos para dicha franja y zona. La persona repartidora puede aceptar o no el pedido. Si lo acepta de forma automática, la plataforma le asigna un reparto automático de recados que la persona trabajadora puede rechazar de forma manual. Si lo acepta de forma manual, la plataforma no asigna el pedido a la persona repartidora, sino que es éste quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer de entre los disponibles. Por tanto, la persona repartidora decide el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad, seleccionando los pedidos que quiere y los que no, sin que exista obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana.

En tercer lugar, el sistema de asignación de pedidos automático se realiza por el algoritmo, siguiendo una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación posible pedido-persona repartidora que minimice la suma de costes.

En cuarto lugar, existe un sistema de puntuación de las personas repartidoras o «glovers» calificándolas en diferentes categorías, de tal forma que, si una persona repartidora lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la empresa puede darle de baja de categoría. La puntuación depende de la valoración del cliente final, de la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes y de la realización de los servicios en las horas de mayor demanda. Además, cada vez que una persona repartidora no está operativa en la franja horaria previamente reservada por ella existe una penalización en los puntos<sup>5</sup>.

En quinto lugar, las herramientas de trabajo (vehículo de reparto y teléfono móvil) pertenecen a la persona repartidora, quien «asume el riesgo y ventura de cada pedido y responde del mismo frente al cliente, que también es quien puntúa su trabajo»<sup>6</sup>.

En sexto lugar, la empresa establece unas instrucciones y protocolo a seguir en cuanto al comportamiento de la persona repartidora, pues ésta debe quitarse el casco y la mochila cuando entre en el restaurante o acuda a un domicilio, cómo debe ir vestido, y llevar visible la marca de la empresa. El nivel de detalle de las instrucciones llega hasta el siguiente extremo:

¿Qué hacer en caso de derrame de líquidos o comida sólida? Ponerse en contacto con Chat de Soporte y avisar del incidente, para que atención al Cliente se ponga en contacto inmediato con el cliente. Secar con papel absorbente el interior del equipamiento. Limpiar con jabón todo el interior del equipamiento, y aclarar el resultado. Aplicar el desinfectante en el interior del equipamiento, y aclarar con toallas de papel para secarlo definitivamente<sup>7</sup>.

En séptimo lugar, el sistema de retribución de la persona trabajadora consiste en el pago de una cantidad por pedido, a la que se añade otra cantidad por kilómetros y tiempo de espera, quedándose una parte la plataforma en concepto de comisión por la intermediación realizada. La empresa le abona la retribución mediante transferencia bancaria con el concepto, muchas veces, de «nómina».

En octavo lugar, la persona repartidora está permanentemente localizada a través de un geolocalizador GPS, con el cual se controla el kilometraje invertido en los desplazamientos, aunque la persona repartidora tiene libertad para elegir sus rutas.

En noveno lugar, la persona repartidora utiliza una tarjeta de débito entregada por Glovo para adquirir los productos que debe entregar al cliente. En las facturas constan los gastos realizados por la persona repartidora con dicha tarjeta y se compensan como un abono de gastos o suplidos.

---

<sup>5</sup> SJS núm. 17 Madrid, de 11 de enero de 2019, rec. núm. 418/2018.

<sup>6</sup> SJS núm. 39 Madrid, de 3 de septiembre de 2018, rec. núm. 1353/2017.

<sup>7</sup> Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia de 18 de diciembre de 2017.

En el caso concreto de Glovo, debe indicarse que Glovo es el nombre comercial con el que se conoce a la entidad mercantil Glovoapp23, S.L., constituida en Barcelona en el año 2014. Su objeto social es la «explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena actuando como comisionista», así como, la «realización de la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancías por carretera en concepto de agencia de transporte, transitorio, almacenista distribuidor u operador logístico»<sup>8</sup>. Tal actividad, así formalmente descrita, la ha llevado a adherirse al código CNAE número 6209, correspondiente a «otros servicios relacionados con las tecnologías de la información y la informática» y al código SIC número 7379, que identifica «servicios relacionados con la computación SC».

En su propia web se describe su objeto social presentándose como una empresa de tecnología y una empresa informática. De hecho, en su web empresarial, se autodefine como una «compañía tecnológica» y subraya que su «actividad principal es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica»<sup>9</sup>. Para acceder a dicha plataforma de carácter virtual, se puede utilizar una aplicación móvil —app móvil— o una aplicación web —app web—, denominada GlovoApp.

### 3. Posición de la doctrina judicial

#### 3.1. Sector que aboga por su laboralidad

La posición de la doctrina judicial mayoritaria es la de considerar que esta relación entre plataforma digital y persona repartidora es la de una relación laboral sometida a las reglas del Estatuto de los Trabajadores, en base a que se cumplen los requisitos de laboralidad, especialmente, la dependencia y la ajenidad.

En este sentido, uno de los primeros órganos judiciales en pronunciarse sobre estas personas repartidoras fue el Juzgado de lo Social de Valencia<sup>10</sup> que las

<sup>8</sup> SJS núm. 33 Madrid, de 11 de febrero de 2019, rec. núm. 1214/2018 y STSJ Madrid, de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 195/2019.

<sup>9</sup> Cláusula 1. Disponible en <https://glovoapp.com/en/legal/terms>

<sup>10</sup> SJS núm. 6 Valencia, de 1 de junio de 2018, proc. núm. 633/2017. En el mismo sentido se sitúan las SSJS núm. 11 Barcelona, de 29 de mayo de 2018, rec. núm. 652/2016; núm. 1 Gijón, de 20 de febrero de 2019, rec. núm. 724/2018; núm. 1 Madrid, de 3 de abril de 2019, rec. núm. 994/2018; núm. 1 Madrid, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 496/2018; núm. 24 Barcelona, de 21 de mayo de 2019, rec. núm. 143/2018; núm. 5 Valencia, de 10 de junio de 2019, rec. núm. 371/2018; núm. 31 Barcelona, de 11 de junio de 2019, rec. núm. 662/2017; núm. 19 Madrid, de 22 de julio de 2019, rec. núm. 510/2018 y núm. 2 Zaragoza, de 27 de abril de 2020, rec. núm. 521/2018. También, SSTSJ Madrid, de 27 de noviembre de 2019, rec. núm. 588/2019; Madrid, de 18 de diciembre de 2019, rec. núm. 714/2019; Madrid, de 17 de enero de 2020, rec. núm. 1323/2019; Madrid, de 3 de febrero de 2020, rec. núm. 749/2019; Castilla y León, de 17 de febrero de 2020, rec. núm. 2253/2019; Cataluña, de 21 de febrero de 2020, rec. núm. 5613/2019 y Cataluña, de 7 de mayo de 2020, rec. núm. 5647/2019.

considera laborales. En este caso, estima que el dato fáctico de que la persona repartidora tenga licencia fiscal como autónoma, que aporte la bicicleta y el móvil para prestar su trabajo, que tenga la posibilidad de buscar una persona sustituta para realizar los repartos o que tenga libertad para fijar las franjas horarias en que quiere prestar sus servicios es irrelevante, pues considera que se dan todos los presupuestos que definen la existencia de una relación laboral, ya que

era la empresa la que decidía la zona en la que el trabajador debía desempeñar sus funciones. En cuanto al horario, siendo cierto que el trabajador ofertaba a la empresa las franjas horarias en las que quería trabajar, también lo es que esas franjas tenían que estar dentro del horario previamente establecido por la demandada, y que era ésta quien finalmente decidía en qué horario iba a desempeñar sus funciones el trabajador cada semana, siendo que en ocasiones éste quedaba reducido a una parte del solicitado por el trabajador. Respecto al servicio de reparto, la empresa daba instrucciones concretas a los repartidores sobre la forma en que éste se tenía que llevar a cabo, fijando tiempos y normas de comportamiento que éstos debían cumplir. Consta, así mismo, que al inicio del turno asignado los trabajadores debían acudir al lugar fijado por la empresa, centroide, para que ésta les asignara servicios a través de la plataforma, debiendo retornar a ésta cada vez que finalizaban un servicio. Además, la empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto, siendo la empresa la que decidía en cada momento sobre los repartos a realizar y la efectiva asignación de los mismos<sup>11</sup>.

También una sentencia posterior del Juzgado de lo Social de Madrid<sup>12</sup> entiende que la relación es laboral. Si bien entiende que han quedado acreditados una serie de indicios caracterizadores del trabajo no subordinado (es libre para decidir los días que trabaja y los que no, la franja horaria, rechazar y cancelar pedidos, elegir períodos de descanso y vacaciones, organizar la prestación del servicio), prevalecen otros que permiten afirmar lo contrario. Del mismo modo, se pronuncia el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid<sup>13</sup>, que realiza un análisis de los elementos esenciales en una relación laboral —dependencia y por cuenta ajena—, apoyándose en la doctrina jurisprudencial de la STS de 26 de febrero de 1986, para ir descartando su declaración como trabajador por cuenta propia.

En esta misma línea, la Audiencia Nacional<sup>14</sup>, aunque no siendo el fondo del asunto, pues el debate se centra en si es posible que la empresa obligue a sus personas repartidoras a aportar sus propios teléfonos en los que se descargan una App que permite a la misma geolocalizar a los motoristas durante su jornada la-

<sup>11</sup> SJS núm. 6 Valencia, de 1 de junio de 2018, rec. núm. 633/2017.

<sup>12</sup> SJS núm. 33 Madrid, de 11 de febrero de 2019, rec. núm. 1214/2018. En el mismo sentido, SSJS núm. 1 Madrid, de 3 de abril de 2019, rec. núm. 994/2018 y núm. 1 Madrid, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 946/2018.

<sup>13</sup> SJS núm. 19 Madrid, de 22 de julio de 2019, rec. núm. 510/2018.

<sup>14</sup> SAN de 6 de febrero de 2019, rec. núm. 338/2018.

boral, considera que la geolocalización es un sistema de control del comportamiento de los riders, y por tanto, en cierta forma, está calificando a las personas repartidoras como trabajadoras por cuenta ajena.

Debe destacarse la primera sentencia de un Tribunal Superior de Justicia sobre esta problemática<sup>15</sup>. En esta sentencia se vuelven a analizar los dos elementos clave para la declaración de una relación como laboral. En este sentido, en cuanto a la ajenidad en los elementos de producción, considera que

es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus propios medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de comida y los productos que la demandada suministra.

Por lo que se refiere a la dependencia, estima que no se está ante una coordinación de actividades empresariales como si se tratara de dos empresas, sino ante una persona trabajadora que presta sus servicios bajo las órdenes de la empresa pues «lo que la empresa propietaria de la plataforma hace es imponer una serie de normas que el trabajador que quiera asociarse debe cumplir». Asimismo, recurre a la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que pretende avanzar una respuesta normativa comunitaria en relación con el «trabajo atípico», en el que podemos incluir el desarrollado para las plataformas digitales de servicios, señalando en su parte introductoria que

en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (desde el asunto C-66/85 *LawrieBlum* al más reciente asunto C-216/15 *Ruhrlandklinik*) ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

Los posteriores pronunciamientos de suplicación<sup>16</sup> siguen esta misma línea. Se coincide en que las notas de ajenidad y dependencia están presentes. Y, aun-

---

<sup>15</sup> STSJ Asturias, de 25 de julio de 2019, rec. núm. 1143/2019.

<sup>16</sup> SSTSJ Madrid, de 27 de noviembre de 2019, rec. núm. 588/2019; Madrid, de 18 de diciembre de 2019, rec. núm. 714/2019; Madrid, de 17 de enero de 2020, rec. núm. 1323/2019; Madrid, de 3 de febrero de 2020, rec. núm. 749/2019; Castilla y León, de 17 de febrero de 2020, rec.

que reconoce la inexistencia de la obligación de la persona repartidora de estar disponible y que puede escoger los servicios a realizar, a su criterio, se trata de una facultad muy condicionada, pues las personas repartidoras deben elegir los días y franjas horarias en los que van a prestar sus servicios y lo deben hacer constar en la aplicación, existiendo unas franjas más solicitadas, cuya elección depende del sistema de puntuación. Y ahí el control de horarios a través de las retribuciones y las valoraciones.

Es decir, se considera que el hecho de que la persona repartidora no tenga obligación de estar disponible y que pueda elegir los servicios a realizar y los itinerarios, a lo que se añade que la retribución es por encargo, que no hay horario, ni jornada, ni régimen de permisos, y ni vacaciones, son elementos no determinantes del contrato de trabajo, sino meras consecuencias de la regulación jurídica propia de esta actividad de prestación de servicios. La ausencia de estos elementos no excluye la laboralidad de esta nueva modalidad de organización laboral. Por el contrario, lo relevante es el dato de que las personas repartidoras están sometidas al poder de dirección y control de la empresa pues, aunque tenga libertad para aceptar o rechazar la realización de cada servicio, si lo acepta, lo debe ejecutar cumpliendo con las instrucciones dadas por la empresa, lo que, constituye una muestra clara de su sumisión a la empresa. En otros términos, la persona repartidora no trabaja según sus propios criterios, sino que queda sometida a los de la empresa, siendo ésta la que establece un sistema de trabajo (dependencia), con una formación previa que debe llevar a cabo y un control por evaluaciones (ajenidad en el uso de la fuerza de trabajo).

Además, debe tenerse presente que el valor principal de dicho negocio no lo es el medio de transporte de la persona repartidora, como a veces se ha alegado, sino la propia plataforma digital y la aplicación de acceso de los usuarios, permitiéndose así que puedan actuar con eficacia en el mercado de servicios (ajenidad en los medios de producción). Asimismo, no cabe duda de que la persona repartidora no asume riesgo alguno, sino que percibe una retribución fija por servicio realizado con independencia del resultado del negocio y, siendo así, ajeno a que la empresa gane o pierda dinero (ajenidad en los riesgos). A la postre, el usuario únicamente actúa en el mercado de bienes y servicios, y el rider en el mercado de trabajo, de forma que no existe ninguna relación contractual o jurídica entre el rider y el usuario o consumidor final (ajenidad en el mercado) (Moreno Gené; 2020: 566).

Por último, el recién pronunciamiento de nuestro alto tribunal<sup>17</sup>, dictado en unificación de doctrina, y anulando, en parte la STSJ Madrid, de 19 de sep-

---

núm. 2253/2019; Cataluña, de 21 de febrero de 2020, rec. núm. 5613/2019 y Cataluña, de 7 de mayo de 2020, rec. núm. 5647/2019.

<sup>17</sup> STS de 25 de septiembre de 2020, rec. núm. 4746/2019.

tiembre de 2019, rec. núm. 195/2019, confirmando la SJS núm. 39 Madrid, de 3 de septiembre de 2018, estima en parte el recurso de casación, abogando, pues, por su laboralidad.

El TS parte de la base de que

la realidad fáctica debe prevalecer sobre el nomen iuris porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevada a cabo.

Por tanto, la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga, como el contrato de arrendamiento de servicios, regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, pues en el contrato de arrendamientos de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios, pues el contrato de trabajo es una especie del género anterior.

Nuestro alto tribunal considera que, aunque la plataforma y la persona trabajadora suscribieron un contrato de TRADE no concurren las condiciones del art. 11.2 L 20/2007, concretamente, no tener a su cargo personas trabajadoras por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros; no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con las personas trabajadoras que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella. Concretamente, considera que la tercera y cuarta condición no se cumplen puesto que no dispone de infraestructura productiva ni de material propio para poder operar por cuenta propia, ya que sólo dispone de una moto y un teléfono móvil. Además, considera que estos elementos son accesorios o complementarios, siendo la infraestructura básica para poder ejercer esta actividad la plataforma digital de Glovo que pone en contacto los comercios con los clientes.

Analizando las notas de la laboralidad, especialmente, la subordinación o dependencia y la ajenidad, en relación con la primera de ellas, el órgano judicial recuerda que la dependencia «no implica una subordinación absoluta, sino sólo

la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa»<sup>18</sup>, pero que dicha nota ha sido flexibilizada con las nuevas formas de organización del trabajo, y la nueva realidad social, debiendo aplicarse el principio del art. 3.1 CC. De ahí, que señale que es evidente que existe una dificultad para valorar la presencia de los elementos definitorios de la relación laboral en los supuestos dudosos. Por ello, recurre a la doctrina judicial comunitaria<sup>19</sup> que señala que el concepto de persona trabajadora es la de aquella «que realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración».

Estima que el hecho de que la persona trabajadora pueda rechazar clientes o servicios, y elegir la franja horaria para prestar servicios son indicios no propios de una relación laboral. Aunque, debe tenerse en cuenta que esta teórica libertad para rechazar clientes o servicios o elegir la franja horaria no es tal en el sentido de que el rider puede ser penalizado, ya que las personas repartidoras con mayor puntuación tienen preferencia de acceso a los servicios. Por ello, este sistema de puntuación condiciona, en cierta forma, la libertad de elección de horarios.

A la postre, el máximo órgano judicial señala otros indicios de laboralidad. En primer lugar, el sistema de puntuación existente basado, entre otros aspectos, en la valoración del cliente final. En segundo lugar, la geolocalización de la persona trabajadora a través de GPS mientras realiza su actividad, registrando los km que recorre. En tercer lugar, Glovo no se limita a encomendar a la persona repartidora la realización de un servicio, sino que también indica cómo prestarse, y controlando que se cumplan las indicaciones a través de la aplicación. En cuarto lugar, la plataforma proporciona a la persona trabajadora una tarjeta de crédito para que pueda comprar productos para el usuario. En quinto lugar, Glovo abona una compensación económica por el tiempo de espera, esto es, el tiempo que el rider está en el lugar de recogida esperando su pedido. Por último, existe un grupo de supuestos que justifican la resolución del contrato por la empresa, consistentes en incumplimientos del rider.

En cuanto a la nota de ajenidad, el alto tribunal considera que Glovo es quien toma las decisiones comerciales, fija el precio de los servicios, la forma de pago y la remuneración de las personas repartidoras, ya que estas, como se ha indicado, no reciben sus honorarios directamente de los clientes finales, sino que el precio lo recibe Glovo, y Glovo abona la retribución correspondiente a las personas repartidoras. No obstante, en cuanto a la ajenidad en los riesgos, el hecho de que el rider asuma frente al cliente final los daños o pérdidas que puedan sufrir los productos durante el transporte, es contrario a la laboralidad de la relación, porque, normalmente, las personas trabajadoras no responden frente al cliente de estos daños o

<sup>18</sup> STS de 11 de mayo de 1979.

<sup>19</sup> STJUE de 13 de enero de 2004, Cao Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College.

pérdidas. Además, el rider asume el riesgo de la utilización de su motocicleta y móvil propios, cuyos costes corren a su cargo. Pone de relieve, además, la escasísima cuantía en inversión que la persona trabajadora debe realizar para desarrollar la actividad (teléfono y bicicleta, motocicleta o patinete) frente a la inversión que realiza la empresa (plataforma, programa informático, vehículos de transporte pesados...)

En relación con la ajenidad en los frutos, el Tribunal Supremo estima que el hecho de que Glovo se apropie de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, redundando en beneficio de la empresa. Además, la persona repartidora no tiene ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre Glovo y los comercios, y es la empresa quien fija con los distintos establecimientos los precios. Por lo que se refiere a la ajenidad en los medios, el órgano judicial declara que, obviamente, los medios de producción esencial no son el teléfono móvil y la motocicleta, sino la plataforma digital de Glovo.

Por ello, estima que Glovo no es una mera intermediaria, sino que es una empresa que presta servicios de recadería fijando el precio y las condiciones, siendo titular de los activos esenciales para realizar la actividad, sirviéndose de ello de personas repartidoras que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, las cuales prestan sus servicios dentro del ámbito de organización de la plataforma.

En definitiva, señala la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual:

Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas.

### 3.2. Sector que aboga por su no laboralidad

Pueden encontrarse diversos pronunciamientos —aunque son los menos— que consideran que se trata de una auténtica relación mercantil, esto es, de una persona trabajadora por cuenta propia.

De esta forma, el Juzgado de lo Social de Madrid<sup>20</sup> ha declarado la no laboralidad de estos repartidores por considerarlos TRADE. Señala que el demandante

---

<sup>20</sup> SJS núm. 39 Madrid, de 3 de septiembre de 2018, rec. núm. 1353/2017. En el mismo sentido, SSJS núm. 24 Barcelona, de 29 de mayo de 2019, rec. núm. 144/2018 y núm. 1 Salamanca, de 14 de junio de 2019, rec. núm. 133/2019.

no tenía jornada ni horario. Él decidía la franja horaria en la que deseaba trabajar, elegía los pedidos que le interesaban y rechazaba los que no quería, decidía con libertad la ruta a seguir hasta cada destino, no tenía obligación de comenzar o finalizar su jornada en una determinada hora, la empresa no le imponía la clase o número de pedidos que tenía que hacer ni la ruta para llevarlos a cabo, el pedido se realizaba siguiendo las instrucciones dadas por el cliente final —no por GLOVO—, entrando el repartidor en contacto directo con el cliente una vez aceptado el pedido. El actor decidía el cómo, el dónde y el cuándo de la prestación de servicios, tenía el dominio completo de su actividad y podía incluso desistir de un servicio previamente aceptado a mitad de ejecución sin sufrir por ello penalización alguna.

De ahí que estime que

ninguna de estas características son predicables de una relación laboral ordinaria, donde la persona trabajadora está sujeta a una jornada y horario, debe realizar las actividades encomendadas sin poder elegir cuales hace y cuáles no, debe seguir el método de trabajo impuesto por la empresa, y no puede negarse a realizar tareas y menos abandonarlas a mitad de ejecución sin exponerse a alguna suerte de sanción.

Además, la empresa no tiene poder disciplinario sobre la persona repartidora «más allá del desistimiento del propio contrato en el caso de que no se realizaran servicios (elemento consustancial a cualquier contrato bilateral), y de una pequeña “penalización” en su puntuación».

Destaca también que «el geolocalizador GPS no era un instrumento de control de la empresa, sino la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura siguiente. No consta que se utilizara para controlar la ruta elegida por el actor en cada recado». Considera, en definitiva, que la ajenidad está ausente porque «las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador, y la retribución que percibe depende directamente de la cantidad de recados que haga», asumiendo el riesgo y ventura de su actividad. En definitiva,

no consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa interna de la empresa, que sólo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los «recados» (APP) siguiendo un programa informático que busca minimizar la suma de costes.

En esta misma línea se pronuncia el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid<sup>21</sup>, que concluye que:

el repartidor tiene total libertad para elegir los días en los que quiere ofrecer su servicio a GLOVO y la franja horaria para entregar los productos de cada jornada laboral,

<sup>21</sup> SJS núm. 17 Madrid, de 11 de enero de 2019, rec. núm. 418/2018.

y para decidir sus jornadas de descanso. Asimismo, puede escoger si quiere prestar todos los servicios que le proponga la empresa (modalidad de asignación automática) aunque con la posibilidad de rechazar aquellos pedidos que no le interese realizar sin tener que justificar el motivo (pero debiendo comunicar el rechazo, para que el pedido sea asignado a otro repartidor) o bien aceptar uno a uno los pedidos que estén disponibles (modalidad de asignación manual). Incluso una vez iniciado el servicio, el repartidor puede elegir desistir del pedido para realizar otro o finalizarlo. También tiene total libertad de organización y decisión a la hora de seleccionar la ruta desde la posición inicial hasta la dirección de recogida y hasta la dirección de entrega sin tener establecida una trayectoria ni un punto concreto de localización para el inicio del servicio, aceptando el repartidor un modelo de facturación por distancia lineal o real óptima.

Asimismo, en la doctrina de suplicación, la STSJ Madrid, de 19 de septiembre de 2019<sup>22</sup> se apoya en los siguientes argumentos. En primer lugar, parte de la libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, pudiendo fijar tanto la hora de inicio como la de finalización de su actividad, e incluso dentro de ese periodo, puede no activarse. En segundo lugar, tiene total libertad para aceptar los encargos o rechazarlos, sin que quede obligado a tener que realizar un mínimo de ellos. En tercer lugar, goza de libertad para elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, estableciéndose así una relación directa entre persona repartidora y cliente. En cuarto lugar, el rider realiza su actividad de forma personal sin tener personas trabajadoras a su cargo, y poniendo los recursos necesarios para realizar la actividad, esto es, una bicicleta o motocicleta y un teléfono móvil, asumiendo los gastos derivados de su uso. En quinto lugar, la retribución depende del número de servicios prestados, sin que venga fijada por unidad de tiempo. En sexto lugar, no existe un pacto de exclusividad, pudiendo compatibilizar sus tareas con otras de cualquier otra naturaleza. En séptimo lugar, está afiliada a la Seguridad Social y dada de alta en el RETA. Por último, no necesita justificar ninguna ausencia, siendo suficiente la mera comunicación de su no disponibilidad.

#### 4. Criterios de determinación en la calificación jurídica de los riders

No cabe duda de que la calificación jurídica de estas personas repartidoras dependerá de la ponderación que obtengan, según los datos fácticos, en relación con las notas configuradoras de la relación laboral, destacando, como no, la nota de la dependencia y de la ajenidad.

De hecho, como indica la doctrina jurisprudencial, «la calificación de las relaciones jurídicas debe efectuarse siempre atendiendo a su verdadero fondo o

---

<sup>22</sup> STSJ Madrid, de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 195/2019.

contenido material, y no con base en el formal nomen iuris que las partes le hayan dado», ya que «la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y (...) la misma debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes»<sup>23</sup>.

De ahí que, por consiguiente, no es determinante en absoluto el dato fáctico de que el rider esté incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o que se realicen facturas que incluyen el IVA.

#### 4. 1. Libertad y voluntariedad

La voluntariedad en la prestación de estos servicios queda claramente evidenciada cuando es el propio rider quien de forma libre y voluntaria se registra en la App de Glovo para poder llevar a cabo los encargos. A ello debe unirse que el trabajo personal queda acreditado por los distintos contratos existentes, por facturas de diferente índole y la constancia de percepciones en modelos fiscales y contables.

#### 4.2. Retribución

El hecho de que la empresa sea quien fija la forma de llevar a cabo los pagos y la remuneración de los riders es muestra preclara de la subordinación económica de la persona trabajadora.

Concretamente, el precio por cada servicio lo fija la plataforma, que es quien lo comunica al cliente cuando realiza una solicitud. En su determinación influyen las variables tiempo y distancia, e incluye el IVA. Si no es posible calcular a priori las referidas variables, Glovo solo hace una estimación, también con IVA. En cualquiera de los dos supuestos, es al finalizar el transporte cuando la persona repartidora recibe de parte de la plataforma comunicación del precio final<sup>24</sup>.

Dicha cantidad a abonar por el cliente comprende el precio del producto, el del servicio de reparto y la comisión de Glovo por su intermediación, así como el coste de la actividad de la persona repartidora<sup>25</sup>. En cuanto a la forma de abono, se realiza directamente a la plataforma «en el momento de materializarse la entrega a través de la tarjeta de crédito facilitada por el usuario al registrarse en la aplicación»<sup>26</sup>. Cuando el servicio contratado incluya la adquisición de un producto en un establecimiento sin previo acuerdo comercial, será abonado por el rider en el momento de su retirada a través de la tarjeta de débito previamente facilitada por Glovo<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> STS de 19 de julio de 2018, rec. núm. 472/2017.

<sup>24</sup> SJS núm. 1 Madrid, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 496/2018.

<sup>25</sup> SJS núm. 33 Madrid, de 11 de febrero de 2019, rec. núm. 1214/2018.

<sup>26</sup> SJS núm. 24 Barcelona, de 29 de mayo de 2019, rec. núm. 144/2018.

<sup>27</sup> SJS núm. 1 Madrid, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 496/2018.

De la cantidad abonada por parte del cliente, Glovo procede, por un lado, a pagar al establecimiento proveedor el producto consumido, previo descuento de las comisiones pactadas correspondientes por su intermediación. Y, por otro lado, paga al repartidor, previa emisión de facturas que la plataforma «elabora con los datos de los que dispone en la aplicación y atendiendo al precio por la actividad prestada» que también ella establece<sup>28</sup>. Las facturas se giran a cada rider con periodicidad quincenal y el pago se hace por transferencia bancaria<sup>29</sup>. Lo que se pacta es una cantidad por pedido, a la que se añade otra por kilometraje y por tiempo de espera, con una deducción en concepto de pago por utilización de la plataforma.

Por tanto, como se observa, la persona repartidora percibe una retribución a destajo por tarea realizada (Álvarez Cuesta, 2017: 354), ya que se basa en el salario por unidad de obra, modalidad de retribución encajable sin obstáculo alguno en la relación laboral por cuenta ajena (Ginés i Fabrellas y Gálvez Durán, 2016: 18). La cantidad que se percibe por cada servicio se suele retribuir según los precios y tarifas fijados por la empresa que gestiona la plataforma, e incluso, en algunos casos, la empresa llega a garantizar unos servicios mínimos y, por tanto, una retribución mínima para los riders, satisfaciéndose así el cumplimiento de la ajenidad en los riesgos.

#### 4.3. Personalidad

En cuanto a la nota de la naturaleza personal de la prestación de servicios, el encargo debe ser realizado por quien personalmente se ha comprometido a prestar el servicio, esto es, el concreto rider que está en contacto con la plataforma. Sin embargo, ello no es óbice para que, en ciertos casos, el prestador del servicio pueda delegar o subcontratar el servicio a otra persona, en cuyo caso, según el TS<sup>30</sup>, esta mera posibilidad de sustitución que no se ha materializado de un modo significativo en la práctica, no obsta a que se considere que sigue concurriendo el carácter personalísimo de la prestación de servicios. No obstante, en general, se incorporan unas cláusulas que prohíben la delegación de los servicios a terceros salvo excepciones, previa autorización o aceptación de la empresa. De hecho, los tribunales españoles han entendido en determinados supuestos que las posibilidades de sustitución de la persona trabajadora no desvirtúan la relación laboral convirtiendo ésta sin más y al amparo sólo de esa circunstancia en un arrendamiento de servicios<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> SJS núm. 33 Madrid, de 11 de febrero de 2019, rec. núm. 1214/2018.

<sup>29</sup> SJS núm. 39 Madrid, de 3 de septiembre de 2018, rec. núm. 1353/2017.

<sup>30</sup> STS de 23 de noviembre de 2009, rec. núm. 170/2009.

<sup>31</sup> SSTS de 7 de octubre de 2009, rec. núm. 4169/2008; de 16 de noviembre de 2017, rec. núm. 2806/2015. También SSTSJ Navarra, de 30 de noviembre de 2017, rec. núm. 398/2017 y País Vasco, de 3 de octubre de 2017, rec. núm. 1680/2017.

#### 4.4. Ajenidad

En relación con la ajenidad, cabe señalar lo siguiente. Concretamente, en cuanto a la ajenidad en los medios de producción, ya se ha indicado que el grueso de la estructura se halla en la propia plataforma, constituyendo el teléfono móvil y la bicicleta, patinete eléctrico o motocicleta meros elementos accesorios. El auténtico medio de producción se halla en las plataformas digitales de estas empresas que tienen como fin poner en contacto a prestadores con clientes. Y, no cabe duda que la inversión en estas tecnologías es la parte más costosa económicamente de los medios de producción. Es decir, la inversión del rider en su equipo de trabajo —teléfono y medio de transporte— para llevar a cabo la tarea es insignificante, siendo la plataforma informática el eje sobre el que se sustenta este negocio. Según la doctrina (Luján Alcáraz, 2000: 4), esto se denomina criterio de desmerecimiento de los medios materiales respecto de la prestación de actividad. En definitiva, el hecho de que la persona trabajadora sea el titular de los medios de producción no desnaturaliza la relación laboral subyacente.

En relación con la ajenidad en los frutos, es evidente porque la empresa hace suyo el resultado de la actividad llevada a cabo por el rider, quien ha puesto a su disposición la utilidad patrimonial de su trabajo<sup>32</sup>.

Por lo que se refiere a la ajenidad en los riesgos, no cabe duda que los riesgos son asumidos por la plataforma, pues cuando un servicio no se presta adecuadamente y el cliente sufre un perjuicio, la responsabilidad recae en la empresa titular de la plataforma (González Ortega, 2017: 121), y no se opone a ello el hecho de que la persona repartidora deba responder ante el cliente final de los daños o pérdidas que puedan sufrir los productos o mercancías durante el transporte, pues ello es compatible con el trabajo por cuenta ajena. Además, es la empresa propietaria de la plataforma la que debe asumir los posibles impagos del cliente, no recayendo esto sobre el prestador del servicio.

En cuanto a la ajenidad en el mercado también resulta claro que los clientes finales son clientes de la empresa titular de la plataforma, y no del rider, pues, es la plataforma la que negocia los términos del servicio, su precio y otras condiciones de ejecución. De ahí que sea la propia empresa propietaria de la plataforma la que realiza las campañas de captación de clientes y publicita la marca, además de ser ella quien fija el precio. En definitiva, el repartidor no puede prestar sus servicios fuera del marco de la plataforma digital. Es decir, el prestador de servicios no se relaciona con el mercado de un modo directo, sino que lo hace mediante la interposición de la plataforma digital, que es la que se relaciona con los clientes. En definitiva, la plataforma se configura como un intermediario imprescindible entre el cliente que efectúa el encargo y quien lo ejecute, sin que la

---

<sup>32</sup> SJS núm. 33 Madrid, de 11 de febrero de 2019, rec. núm. 1214/2018.

correspondiente actividad pueda ser factible al margen de la plataforma (Trillo Párraga, 2016).

#### 4.5. Dependencia o subordinación

La subordinación o dependencia ha sufrido una relajación considerable, ya que el concepto tradicional de jerarquía y de organización empresarial se ha flexibilizado con los años.

De cualquier forma, como se analizará, en el campo de las plataformas digitales, la dependencia también concurre de forma evidente, pues el prestador de servicios queda totalmente sometido dentro del ámbito rector, organizativo y de dirección de la empresa gerente de la plataforma.

En primer lugar, un indicio de esta dependencia se puede extraer del dato de que existen unos procesos de selección de aquellas personas que van a prestar el servicio que oferta la plataforma digital (Ginés i Fabrellas y Gálvez Durán, 2016: 22). Ello constituye una manifestación clara de que la empresa no se limita a actuar como mera intermediadora, sino que está gestionando la prestación del servicio.

En segundo lugar, la plataforma es la encargada de dar formación a la persona repartidora. Asimismo, le da las instrucciones o indicaciones que debe tener en cuenta cuando lleve a cabo la actividad tanto sobre el uso del logotipo de la plataforma o sobre la forma de vestir. Además, aunque la propia plataforma titule estas indicaciones como meras sugerencias, ello es una muestra más de la dependencia (Moreno Gené, 2020).

En tercer lugar, como se ha indicado, la persona trabajadora queda totalmente controlada y vigilada tanto a través de la aplicación informática que el prestador ha tenido que descargarse en su teléfono móvil o tablet, como a través del GPS que registra su trayecto. Estas amplias posibilidades de control just in time mediante los datos obtenidos por la aplicación informática, entre los que se incluyen, las evaluaciones del servicio efectuadas por los clientes, se materializan en la valoración que realiza la empresa de cada persona repartidora.

En cuarto lugar, la empresa titular de la plataforma goza de amplias facultades de control en el sentido de que se premia a las personas repartidoras mejor valoradas y con mejores encargos, y, a sensu contrario, son «sancionadas» aquellas peor valoradas, que puede incluso, conllevar la baja unilateral del rider de la plataforma (Moreno Gené, 2020: 574). Glovo puede cambiar de categoría a los riders por el transcurso de tres meses sin aceptar ningún pedido, así como también puede penalizarlos dejando de asignarles pedidos si no están operativos en las franjas reservadas<sup>33</sup>. Incluso, puede llegar a bloquearles el acceso a la App

---

<sup>33</sup> SJS núm. 39 Madrid, de 3 de septiembre de 2018, rec. núm. 1353/2017.

cuando detecte inadecuadas conductas profesionales. En fin, una muestra más de la manifestación del poder de dirección empresarial en su vertiente de vigilancia y control efectivo del cumplimiento de la persona trabajadora y que necesariamente conlleva la facultad disciplinaria con aplicación de las correspondientes sanciones (Fernández Docampo, 2020: 174).

Además, aunque las personas repartidoras eligen, dos veces por semana, «los días y horas en que se comprometen a realizar su personal actividad, aun cuando posteriormente puedan desvincularse de dicho compromiso»<sup>34</sup>, no obstante, no acceden libremente a todas las franjas disponibles, ya que esa capacidad de decisión al final depende de la valoración obtenida. Para calcular dicha evaluación se tiene en cuenta la puntuación asignada por los consumidores finales, la satisfacción de los establecimientos, los pedidos realizados en horas de alta demanda y su índice de respuesta en los bloques horarios elegidos<sup>35</sup>.

Por último, tampoco se opone a la concurrencia de la dependencia, el hecho de que no se exija un deber de exclusividad en la prestación de servicios para una plataforma digital concreta, por cuanto en el contrato de trabajo la exclusividad sólo puede imponerse mediante pacto expreso de plena dedicación ex art. 21.1 ET. Es más, no es extraño que una persona sea al mismo tiempo rider de varias plataformas<sup>36</sup>.

## 5. Régimen jurídico en el Derecho comparado

### 5.1. Italia

En Italia existe una doble calificación, diferenciándose entre *lavoratore subordinato* y *lavoratore autonomo*.

El encuadramiento jurídico entre uno y otro se realiza en base a los datos fácticos, siendo irrelevante también la calificación que realicen las partes.

La noción de trabajo dependiente en Italia deriva del art. 2094 Código Civil Italiano, de 16 de marzo de 1942 (en adelante, CC italiano) que define a la persona que presta servicios de forma subordinada como una persona que se compromete «a colaborar en la empresa, prestando su trabajo (...) a cargo y bajo la dirección del empresario». Como se observa, el eje vertebrador es la sujeción personal del rider a las órdenes e instrucciones de la empresa. Se parte así de que el elemento que caracteriza el trabajo subordinado es la hetero-dirección que deriva en el poder de conformación de la prestación de servicios de la persona tra-

<sup>34</sup> SSJS núm. 33 Madrid, de 11 de febrero de 2019, rec. núm. 1214/2018; núm. 1 Madrid, de 3 de abril de 2019, rec. núm. 994/2018 y núm. 1 Madrid, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 496/2018.

<sup>35</sup> STSJ Asturias, de 25 de julio de 2019, rec. núm. 1143/2019.

<sup>36</sup> SJS núm. 1 Madrid, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 496/2018.

bajadora a través de las instrucciones dadas por el superior jerárquico, así como en el poder de sancionar la conducta de incumplimiento (Varva y López Insua, 2019: 1010).

Por su parte, la figura de la persona trabajadora por cuenta propia se vertebra sobre el art. 2222 CC italiano, que define el contrato de servicios («*contratto d'opera*») como aquel por el que «un trabajador autónomo realiza trabajo o servicios a cambio de una remuneración, principalmente a través de su propio esfuerzo y en la ausencia de una relación de subordinación con respecto al principal».

En 2015 el Decreto Legislativo 81/2015, introduce el art. 2 por el que, y bajo la rúbrica *Collaborazioni organizzate dal committente*, extiende la protección «laboral» a quienes prestan un trabajo personal y continuado en el que la forma de ejecución está organizada por el comitente, incluso en lo que se refiere al lugar y al tiempo de trabajo. Posteriormente, en 2017, se modifica el art. 409 Código Procesal Civil, de 2 de febrero de 2006 (en adelante, C.p.c.) para referirse a la colaboración coordinada y continuada, esto es, aquella donde los colaboradores organizan su actividad de forma independiente, pero en base al citado acuerdo de coordinación.

Ello significa que la clave se halla en determinar si la prestación de servicios es organizada por el cliente, en cuyo caso la persona repartidora sería una persona trabajadora por cuenta ajena, o bien si se organiza por la propia persona trabajadora, aunque con cierta coordinación con el cliente, en cuyo caso se estaría ante una persona trabajadora por cuenta propia.

Siguiendo esta premisa, la Ley 128/2019, del trabajo a través de plataformas digitales, establece esta doble calificación, siendo la diferencia entre ambas figuras si la relación entre la persona trabajadora y la plataforma es o no permanente, de tal forma que cuando la relación tenga vocación de permanencia en el tiempo se estará ante una relación jurídico laboral, mientras que cuando se trate de una relación esporádica se tratará de una relación por cuenta propia. Desde el punto de vista de Seguridad Social significa que cuando la colaboración en la plataforma sea continua se deberá ofrecer la protección jurídico laboral y social propia del trabajo por cuenta ajena, incluyendo así un salario mínimo, derecho a disfrutar de vacaciones o cotización a la Seguridad Social, entre otros aspectos. Y, para aquellas personas repartidoras por cuenta propia, se prevén también una serie de derechos en aras a conseguir su protección y seguridad, aunque no de la misma entidad que las personas repartidoras asalariadas. Se prevén también políticas de no discriminación a los riders, de tal forma que la exclusión de la plataforma o la reducción del acceso a horas debido a la negativa de ejecutar un pedido están estrictamente prohibidas. Además, las plataformas deben contratar un seguro público obligatorio a sus riders por accidente o enfermedad laboral.

Por su parte, de la doctrina judicial, cabe destacar la sentencia del Tribunal de Milán<sup>37</sup> sobre una persona trabajadora que había realizado reparto de comidas preparadas con su propio automóvil a través de una plataforma digital. La persona trabajadora solicita que se califique como una relación laboral subordinada. El órgano judicial considera que no existen los elementos propios de subordinación, por lo que rechaza la demanda de la persona trabajadora. El órgano judicial parte de la libertad de la persona trabajadora para reservar las franjas horarias en las que desea prestar servicios; de la libertad para decidir si quiere prestar servicios o no, en qué días y durante cuantas horas; de la innecesariedad de garantizar un número mínimo de horas de trabajo; y de la libertad de la persona trabajadora de revocar o cambiar sus disponibilidades, sin repercusión alguna. En definitiva, el juez estima que la libertad con la que cuenta la persona repartidora para decidir si quiere realizar repartos y cuándo es un «elemento incompatible con el vínculo de subordinación».

Asimismo, la sentencia del Tribunal de Turín<sup>38</sup>, que analiza el caso de unas personas repartidoras que firmaron un acuerdo de colaboración con Foodora, en el que se pactó una remuneración predeterminada de 5,60 euros por hora de disponibilidad; que la entrega de los productos debía realizarse dentro de los 30 minutos a su aceptación, bajo pena de multa de 15 euros; y que en las fases de disponibilidad, las personas repartidoras debían estacionar en espera de pedidos en un lugar determinado, activando siempre, además, su geolocalización. El Tribunal de Turín vuelve a denegar su consideración de relación laboral partiendo de que las personas repartidoras no tenían obligación de realizar la prestación laboral y de que la empresa no tenía la obligación de recibirla.

De igual forma, la sentencia del Tribunal de Turín<sup>39</sup> desestima también la calificación de la relación como laboral, al considerar que no existe subordinación. El órgano judicial parte de la interpretación de trabajo hetero-organizado, definido como un *tertium genus*, que comparte características tanto del trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia. El tribunal estima que la hetero-organización aparece cuando existe una «integración funcional efectiva del trabajador en la organización de producción del comitente, de modo que la prestación laboral termina estando vinculada estructuralmente a esta y quede con algo que va más allá de la simple coordinación mencionada en el artículo 409 n.3 c.p.c., ya que aquí es el comitente quien determina las modalidades de la actividad laboral realizada por el colaborador».

Según un sector de la doctrina (Sánchez-Urán Azaña, 2019: 20) ello supone entender, pues, que hay que diferenciar, por un lado, entre el ejercicio del po-

<sup>37</sup> St. Tribunal de Milán, de 10 de septiembre de 2018, st. núm. 1853.

<sup>38</sup> St. Tribunal de Turín, de 7 de mayo de 2018, st. núm. 778.

<sup>39</sup> St. Tribunal de Turín, de 11 de enero de 2019, st. núm. 26.

der de gestión y disciplinario propio de la relación de subordinación según el art. 2094 Código Civil italiano; entre la heterogénea organización de la producción por el cliente que está comprendida en el ámbito de aplicación de la norma laboral; y, por otro lado, entre la colaboración coordinada según lo dispuesto en el art. 409.3 del c.p.c en la que es el colaborador quien, en coordinación con el cliente, organiza autónomamente su propia actividad laboral.

Sin embargo, su posición ha cambiado. Así, la sentencia del Tribunal de Bolonia<sup>40</sup> declara el carácter discriminatorio de la actuación de la plataforma Deliveroo Italia S.R.L. en relación con las condiciones de acceso a la reserva de las jornadas de prestación de servicios a través de su plataforma digital, ya que estima que se utiliza un algoritmo de forma discriminatoria y que es desconocido por las personas repartidoras. De hecho, un sector (Rojo Torrecilla, 2021) ha señalado que «Deliveroo en ningún momento ha revelado como funciona el algoritmo Frank, lo que constituye un buen ejemplo de ‘caja negra’ para los riders y usuarios de su plataforma. Ha quedado demostrado que dicho algoritmo es ciego, y, por tanto, indiferente a las necesidades y motivaciones de los riders cuando se ausentan temporalmente de la plataforma, lo que en el caso concreto tiene repercusiones en el ejercicio de sus derechos fundamentales (igualdad y no discriminación, huelga, etc.)». La resolución judicial marca a su parecer un precedente interesante en Europa «que puede promover el inicio de acciones judiciales sobre la necesidad de la auditabilidad y explicabilidad de los algoritmos informáticos de las plataformas online, lo que a la postre significaría reclamar una mayor transparencia algorítmica». Asimismo, la sentencia condena a la plataforma a pagar a las personas repartidoras una indemnización por daños y perjuicios.

En la misma línea, la justicia italiana ha obligado el pasado 24 de febrero de 2021 a las plataformas de entrega a domicilio a que regularicen como asalariados a 60.000 repartidores, además de multarles por diversas irregularidades. El órgano judicial se basa en las precarias condiciones en las que trabajan estas personas repartidoras, que son obligadas a prestar sus servicios como personas autónomas, aunque deberían tener un contrato con condiciones detalladas de seguridad, formación, vestimenta y horarios adecuados, por parte de las empresas que las utilizan. El fiscal considera que estas personas repartidoras de comida «no pueden ser clasificados como autónomos», porque en realidad son empleados que llevan «toda la organización de las empresas para las que operan» (*La Información*, 2021).

## 5.2. Francia

Francia ha sido uno de los primeros países, como en otras ocasiones, en adaptar la normativa laboral a las nuevas realidades y necesidades sociales. Así,

<sup>40</sup> St. Tribunal de Bolonia, de 31 de diciembre de 2020.

en materia de plataformas digitales, se dicta la Ley n.º 2008-766, de 22 de julio, de modernización de la economía, a través de la cual se crea el «auto-entrepreneur» y se implementan una serie de medidas para agilizar la puesta en marcha de su actividad profesional.

No obstante, es con la Ley n.º 2016-1088, de 8 de agosto, sobre el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales y la Ley n.º 2019-1428, de 24 de diciembre, de orientación de las movilidades, cuando se modifican diversos preceptos del Código de Trabajo, y se regulan las nuevas formas de prestación de servicios fijándose una serie de garantías de las personas repartidoras frente a las plataformas digitales.

Concretamente, la Ley n.º 2016-1088, modifica el art. L.7342-1 Código del Trabajo que declara que «cuando la plataforma determina las características del servicio prestado o del bien vendido y fija su precio, tiene, respecto a los trabajadores afectados, una responsabilidad social que se ejerce en las condiciones previstas en el presente capítulo». Asimismo, el artículo L.7342-2 indica que

cuando el trabajador contrata un seguro que cubre los riesgos de accidentes de trabajo o se adhiere al seguro voluntario de accidentes de trabajo mencionado en el artículo L. 743-1 del Código de la Seguridad Social, la plataforma abona su cotización, hasta un límite máximo fijado por decreto. Este límite máximo no podrá ser superior a la contribución prevista en el mismo artículo L. 743-1. El párrafo primero de este artículo no se aplicará cuando la persona trabajadora se adhiera a un convenio colectivo suscrito por la plataforma y que contenga garantías al menos equivalentes al seguro voluntario de accidentes de trabajo mencionado en el párrafo primero, y la contribución a este contrato sea abonada por la plataforma.

Cuando el volumen de negocios realizado por la persona trabajadora en la plataforma sea inferior al umbral fijado por el Decreto, los arts. L. 7342-2 y 7342-3 no son aplicables.

Posteriormente, en diciembre de 2019 se publica la Ley n.º 2019-1428, de 24 de diciembre, de orientación de las movilidades. En su título III, dedicado a «la revolución de las nuevas movilidades», se regula la incentivación de las innovaciones en esta materia, siendo su art. 44 (que modifica varios preceptos del Código de Trabajo), el dedicado a regular las nuevas formas de movilidad y reforzar la responsabilidad social de las plataformas. Se incluye el art. 20 en la Ley de Movilidad que desarrolla un estatuto de trabajo conocido como «Carta Social». En la citada Carta se definen los derechos y obligaciones de las plataformas y de las personas repartidoras. Entre ellos se establece que la relación entre las personas trabajadoras y la plataforma no es exclusiva, de tal forma que las personas trabajadoras puedan utilizar libremente la plataforma. Además, debe garantizarse que las personas trabajadoras puedan obtener un precio decente por sus servicios; así como garantizar unas condiciones de trabajo adecuadas; unas con-

diciones de seguridad y salud suficientes; que exista un intercambio de información y diálogo entre la plataforma y las personas trabajadoras; y una protección social que garantice el riesgo de muerte, riesgos que afecten a la integridad física o vinculados a la maternidad, incapacidad laboral o invalidez, entre otras.

Esta Carta Social tiene como fin ofrecer una solución a la prestación de servicios a través de las plataformas digitales garantizando una mínima seguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras. Dicha Carta, negociada previamente con las personas repartidoras, regula un conjunto de beneficios y elementos de la relación jurídica con las personas repartidoras, pudiéndose asimilar, en cierta forma, al «acuerdo de interés profesional» español de las personas trabajadoras autónomas económicamente independientes.

En el fondo, la razón de ser de esta Carta Social no es más que intentar que las plataformas asuman compromisos para mejorar las condiciones de trabajo de las personas repartidoras, pero sin que ello suponga un riesgo jurídico para las plataformas, esto es, sin que ello suponga que las personas repartidoras se conviertan en personas trabajadoras por cuenta ajena. Es decir, como explica el preámbulo de la ley francesa, la Carta Social «define un nuevo marco de relación entre las plataformas digitales y los trabajadores independientes, aportando seguridad jurídica a unos y otros, sin por ello limitar la capacidad de las empresas de generar dinamismo y crecimiento en la economía y el empleo». Se garantiza el necesario respeto a estas plataformas, y hace un llamamiento a la política para que tome «el liderazgo de la adaptación a un mundo en transformación en el que la iniciativa privada debe ser una aliada en la búsqueda de soluciones, no un enemigo a batir» (Rojo Torrecilla, 2019).

De hecho, el Consejo constitucional francés ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto<sup>41</sup> señalando que corresponde al legislador ejercer la competencia que le confiere la Constitución sin delegar en las autoridades judiciales o administrativas la tarea de elaborar normas; que uno de los principios del Derecho del Trabajo es la determinación de su ámbito de aplicación, esto es, las características configuradoras de la relación laboral; y que si las personas que prestan servicios para las plataformas, en principio, lo realizan de forma independiente y amparados bajo una Carta Social, corresponde al juzgador reclasificar la relación cuando se evidencie la existencia de una relación de subordinación y por cuenta ajena. En definitiva, la existencia de una Carta Social no puede, por sí misma, caracterizar el vínculo de subordinación entre plataforma y persona repartidora, de tal forma, que se parte de la presunción de existencia de una relación no laboral entre la plataforma y las personas repartidoras, aunque ello no impide que, si concurren las notas configuradoras, sea calificada de laboral.

---

<sup>41</sup> Décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019794DC.htm>

En el ámbito judicial, la Cour D'Appel de París<sup>42</sup> califica la relación de las personas prestadoras del servicio con UBER como laboral. Considera que la persona conductora no es libre de elegir a sus clientes, siendo la plataforma quien centraliza y gestiona las peticiones asignándolas mediante algoritmos. Y, en cuanto al precio, considera que las tarifas vienen fijadas contractualmente mediante dichos algoritmos. Además, considera que existe un poder de dirección porque la plataforma da instrucciones a las personas conductoras, y ejerce un poder de control sobre ellas.

Asimismo, la Cour de Cassation<sup>43</sup> considera que también existe una relación laboral entre las personas repartidoras y las plataformas digitales. Para ello, parte del art. L 822 1-6 II (reforma de 2016) Código de Trabajo, que no establece una presunción del trabajo no asalariado, y que, además, con independencia del nomen que las partes le den al contrato entre ambas, la persona trabajadora es aquella que realiza un trabajo en una relación de subordinación, de tal forma que la existencia de una relación laboral no depende de la voluntad expresada por las partes o del nombre, sino de la realidad fáctica, de los hechos. Como indica en una antigua sentencia<sup>44</sup>, una relación de subordinación viene caracterizada por la realización de un trabajo bajo la autoridad de una empresa que tiene la facultad de dictar órdenes e instrucciones sobre la actividad a desarrollar, así como supervisar el cumplimiento y castigar las infracciones.

## 6. A modo de reflexión

Esta nueva forma de organización y de prestación de servicios conlleva la necesidad de replantear las estructuras tradicionales sobre las que se sustenta la relación laboral por cuenta ajena, siendo necesaria una adaptación a las nuevas realidades sociales, a la nueva realidad digital y a la revolución digital propia de la industria 5.0.

Se requiere una reinterpretación de las notas configuradoras de la relación laboral, especialmente, la dependencia y la ajenidad, características que deben ser adaptadas a la nueva realidad digital, a las actuales formas de prestación de servicios.

Así lo señala el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones-Trabajo en plataformas digitales: retos normativos en las esferas local y regional que «reconoce la complejidad de las relaciones contractuales en las plataformas digitales, si bien señala que los modelos de empleo de la economía tradicional también se

---

<sup>42</sup> St. de 10 de enero de 2019, Asunto UVER.

<sup>43</sup> St. de 28 de noviembre de 2018, Asunto Take Eat Easy.

<sup>44</sup> St. de 13 de noviembre de 1996.

encuentran muy diversificados, sin que dejen por ello de estar sujetos a normas básicas comunes, que se aplican del mismo modo a todos los operadores. Por consiguiente, el CDR pide que se transpongan a la economía de las plataformas y a sus trabajadores las disposiciones laborales y sociales fundamentales, subrayando la necesidad de afrontar a nivel europeo el impacto social del mercado único digital. Una regulación adecuada a nivel nacional —y, cuando sea necesario, a nivel europeo, habida cuenta de la dimensión transnacional de la economía digital— que afronte los retos normativos en las plataformas digitales creará unas condiciones de competencia equitativas entre la economía tradicional y la economía de las plataformas digitales y combatirá el dumping social. Esta regulación debe considerar asimismo prohibir cláusulas de exclusividad que impidan a los trabajadores cooperar con otras plataformas»<sup>45</sup>.

Se requiere, pues, adaptar la legislación laboral para dar respuesta a este colectivo de personas trabajadoras, debiéndose llevar a cabo una modificación legislativa que permita proteger a esta nueva figura. El debate doctrinal se proyecta desde su consideración como personas trabajadoras por cuenta ajena hasta llegar al extremo de su calificación como personas trabajadoras por cuenta propia, y la de personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes.

No cabe duda de la posibilidad de realizar una interpretación adaptativa de los indicios de laboralidad que acoja nuevas concepciones de la dependencia y la ajenidad basadas en la digitalización, pero también es posible su exclusión por encontrar demasiadas debilidades.

La presunción de laboralidad que fija el RDL 9/2021 establece unos requisitos más exigentes que los del art. 8.1 ET. Ello significa que, según el art. 8.1 ET, y según la doctrina jurisprudencial, implica que la inversión de la carga de la prueba se producirá siempre que exista un contrato de prestación de servicios retribuido, en cuyo caso, la persona trabajadora únicamente deberá demostrar que presta servicios a cambio de una retribución. Y, una vez acreditados dichos extremos, el órgano judicial declarará la laboralidad, salvo que la empresa pueda demostrar que la prestación de servicios se presta con independencia y por cuenta propia. Pero, según, el RDL 9/2021, se exigen más requisitos, tales como, que las actividades sean de reparto; que la empresa ejerza facultades de dirección a través de una plataforma digital; y que use un algoritmo para gestionar el servicio o determinar las condiciones de trabajo (Todolí Signes, 2021).

Ello es una muestra clara de las dificultades para llegar a un acuerdo en el diálogo social. Esta presunción, por la que abogaba la parte patronal, reduce la

---

<sup>45</sup> Comité Europeo de las Regiones (2020) *Dictamen del Comité Europeo de las Regiones—Trabajo en plataformas digitales: retos normativos en las esferas local y regional* (2020/C 79/07). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IR2655&from=ES> (consultado el 26-5-2021)

efectividad de la norma al limitar sus efectos a los de carácter procesal. Pero, al mismo tiempo, dicha formulación complace los intereses de los sindicatos, que implica que todos aquellos que cumplan dichos requisitos serán incluidos en el ámbito de aplicación del ET.

De esta forma, podría incluso alegarse que la disposición del citado RDL se puede interpretar desde dos puntos de vista. Por un lado, entender que se está ante una presunción *iuris tantum*, y, por otro lado, considerar que se está ante una presunción *iuris et de iure*, de tal forma que, si se cumplen los requisitos de la citada disposición, se convierte en una relación laboral. No obstante, un sector doctrinal (Todolí Signes, 2021), al que me uno, estima que debe entenderse que lo correcto es la primera interpretación, pues, aunque se cumplieran todos los requisitos de la citada disposición, el órgano judicial deberá declarar la no laboralidad si la empresa demuestra que no concurren los requisitos de laboralidad.

Sin embargo, no creo que la intervención legislativa realizada dé respuesta a toda la problemática que surge en relación con estos colectivos, pues la presunción de laboralidad exige la concurrencia de diversos requisitos nada claros y que darán lugar a conflictos interpretativos. Considero que debería haberse aclararse más esta actuación legislativa para evitar futuros litigios.

Como hemos señalado, en algunos países de nuestro entorno y con los que compartimos criterios de base de la configuración del Derecho común y, por extensión, del Derecho laboral, se ha optado por una doble conceptualización que permite acoger a todas las posibilidades de prestación de servicios por parte de las personas trabajadoras. Se parte, básicamente, de encuadrarlas tanto en el régimen de personas trabajadoras por cuenta ajena, así como en el de personas trabajadoras por cuenta propia, siendo el elemento diferenciador su carácter de permanencia (Italia) o el del volumen de servicios prestados (Francia). No consideramos que crear una figura *tertium genus* sea la solución más adecuada para poder ofrecer una respuesta a esta controversia. Se requiere, más bien, depurar esa zona gris calificándola como relación laboral por cuenta ajena o bien por cuenta propia en base al criterio de la ocasionalidad/durabilidad de la prestación de servicios.

Debería considerarse, pues, el establecimiento de un modelo flexible que permita analizar en cada caso si concurre o no el elemento de laboralidad para considerar que se está ante una persona repartidora por cuenta ajena, siendo, dicho elemento, el carácter continuo y duradero de la prestación de servicios. En caso contrario, esto es, cuando se trate de una prestación ocasional debería ser calificado como una persona trabajadora por cuenta propia.

Por otro lado, no debe olvidarse la responsabilidad social y ética que recae sobre la plataforma, esto es, a la concienciación y cultura de la plataforma. Es decir, se trata de que las plataformas sean conscientes y no traten de eludir los derechos y obligaciones, recurriendo a prácticas antisociales.

## 7. Bibliografía

- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2017) «Los retos de la economía colaborativa en la prevención de riesgos laborales». En Escudero Prieto, Azucena (Dir.) *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*. Madrid: Reus.
- CAMARA BOTÍA, Alberto (2019) «La prestación de servicios en plataformas digitales: trabajo dependiente o autónomo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (2019) «Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales», *Revista de Derecho Social*, núm. 87.
- Comisión Europea (2016) *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2 de junio de 2016 [COM (2016) 356 final]. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016DC0356> (consultado el 26-5-2021)
- Comité Europeo de las Regiones (2020) *Dictamen del Comité Europeo de las Regiones Trabajo en plataformas digitales: retos normativos en las esferas local y regional* (2020/C 79/07). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IR2655&from=ES> (consultado el 26-5-2021)
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.<sup>a</sup> Belén (2020) «Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, núm. 151.
- GALLANA MORENO, José María y SELMA PENALVA, Alejandra (2009) «El trabajo autónomo dependiente dos años después de la aprobación del Estatuto del Trabajador Autónomo. Aportaciones prácticas del RD 197/2009 que desarrolla la Ley 20/2007», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83.
- GINÉS I FABRELLAS, Ana y GÁLVEZ DURÁN, Sergi (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 del Trabajo*, núm. 1.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (2017) «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas», *Temas Laborales*, núm. 138.
- JOVER RAMÍREZ, Carolina, (2018) «El fenómeno de la gig economy y su incidencia en el derecho del trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico laboral británico y español», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209.
- La Información (2021) «Italia también obliga a regularizar a casi 60.000 ‘riders’ de cuatro plataformas», *La Información*. Disponible en <https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/italia-obliga-regularizar-riders-glovo-just-eat-deliveroo-ubereats/2830476/> (consultado el 26-5-2021)
- LUJÁN ALCÁRAZ, José (2000) «Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial», *Aranzadi Social*, núm. 16.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2005) «Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo», *Temas Laborales*, núm. 81.
- MORENO GENÉ, Josep (2020) «El carácter laboral de la prestación de servicios a través de plataformas digitales: el caso de Glovo. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de febrero de 2020», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57.
- OLIVA LEÓN, Ricardo (2020) «¿Es discriminatorio el algoritmo de Deliveroo que rankea a sus riders?», *Algoritmo legal* (blog). Disponible en <https://www.algoritmolegal.com/tecnologias-disruptivas/es-discriminatorio-el-algoritmo-de-deliveroo-que-rankea-a-sus-riders/> (consultado el 26-5-2021)

- PRIETO PADÍN, Patricia (2020) «La calificación jurídica de TRADE en la prestación de servicios a través de las plataformas digitales delivery: una solución contractual y judicial en entredicho», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (2019) «La regulación contractual de los trabajadores de plataformas en Francia. Lo que se quiere contar, y lo que se debe explicar. A propósito de la Ley de 24 de diciembre de 2019 de orientación de las movilidades», *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [blog]. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html> (consultado el 26-5-2021)
- SÁENZ DE BURUAGA AZCARGORTA, María (2019) «Implicaciones de la gig-economy en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber», *Estudios de Deusto*, vol. 67, núm. 1.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2021) «Nueva Ley Rider. Texto y un pequeño comentario a la norma», *Argumentos en Derecho Laboral* [blog]. Disponible en <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/> (consultado el 26-5-2021)
- TRILLO PÁRRAGA, Francisco (2016) «Economía digitalizada y relaciones de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 76.
- VARVA, Simone y LÓPEZ INSUA, Belén del Mar (2019) «Plataformas digitales: una perspectiva comparada en los ordenamientos italiano y español», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10.

# APUNTES PARA UNA REFORMA DE LA REGULACIÓN LABORAL DE LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

*Notes for the outsourcing regulation reform*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO\*<sup>1</sup>

Universidad Pablo de Olavide, España

## RESUMEN

La reforma de la normativa laboral que regula el fenómeno de la subcontratación o externalización productiva es una de las prioridades de Gobierno y Sindicatos en el presente ciclo de reformas. La actividad de las empresas multiservicios ha permitido evidenciar la necesidad de acometer una reforma integral de una regulación que ha permanecido bastante estable desde la aprobación de la versión original del Estatuto de los Trabajadores. La propuesta de reforma más conocida plantea la igualación de las condiciones de trabajo de empresa principal y contratista, aunque en sede parlamentaria ha sido planteada la conveniencia de extender la acción normativa sobre algunos otros aspectos de la regulación. El artículo estudia las propuestas realizadas por los distintos grupos parlamentarios y reflexiona sobre otros aspectos que, en opinión del autor, debieran ser objeto de consideración.

Palabras clave: subcontratación, descentralización, externalización productiva, propia actividad, reforma laboral.

## ABSTRACT

*The outsourcing labour regulation reform is one of Government and Trade Unions priorities in the current cycle of reforms. The multi-service companies have made it possible to demonstrate the need to undertake an in-depth reform of a regulation that has remained fairly stable since the original version of the Labour Code. The most well-known reform proposal focuses on the equalization of the working conditions of the main and auxiliary companies, but parliament it has also been proposed to extend normative action on some other aspects of regulation. The paper studies the proposals made by different parliamentary groups and presents some lines of reforms that, in the author's opinion, should be considered.*

*Keywords: outsourcing, main activity, labour reform.*

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: «Los Derechos Fundamentales ante las Transformaciones Laborales en la Nueva Economía (DER2017-83488-C4-1R)».

\* **Correspondencia a:** Rafael Gómez Gordillo. Carretera de Utrera, km 1, Sevilla, España. — [rgomgor@upo.es](mailto:rgomgor@upo.es) — <https://orcid.org/0000-0002-8149-8503>

**Cómo citar:** Gómez Gordillo, Rafael. (2021). «Apuntes para una reforma de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios»; *Lan Harremanak*, 45, 110-137. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22813>).

Recibido: 15 mayo, 2021; aceptado: 07 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Los cambios en la organización productiva y sus efectos sobre la eficacia de la regulación vigente

La descentralización de las organizaciones de producción de bienes o prestación de servicios afecta en la actualidad a todos los sectores de la actividad, muy lejos del panorama empresarial que en los años setenta vio nacer la regulación laboral sobre contratas. En este contexto, la aparición de las empresas multiservicios ha servido para evidenciar con mayor nitidez las carencias normativas, que han provocado el fracaso del ordenamiento laboral español en el objetivo de garantizar condiciones de trabajo dignas para quienes prestan servicio en actividades contratadas o subcontratadas. Las primeras versiones de la regulación en la materia apuntaban hacia otras amenazas y, por ello, se centraban en establecer mecanismos de garantía de los créditos laborales, aunque conviene recordar que las reformas operadas en el presente siglo sobre el art. 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Estatuto de los trabajadores, BOE de 24 de octubre (en adelante, ET), mostraban ya la preocupación por el deterioro de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras involucradas en relaciones jurídicas de alcance triangular. En concreto, la exposición de motivos de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10 de julio), modificaba el art. 42 ET para «dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica», mientras que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre), volvía a alterar el texto del precepto con el fin de «asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores».

A pesar de ello, la laxitud del sistema de tutela legal ha permitido a las empresas multiservicios la puesta en marcha de un modelo de negocio que, sobre la base de la precarización de las condiciones de trabajo, ha registrado un notable y vertiginoso crecimiento. Es innegable que esta evolución se ha visto impulsada por avances tecnológicos y organizacionales, pero, sin duda, se ha apoyado también en un marco normativo favorable que, a las limitaciones originales, sumó los cambios operados en 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva. Junto a otros elementos, la reforma del sistema de negociación colectiva introducidas vía Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero), concedió carta de naturaleza jurídica a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, posibilidad que habilitaba a los negociadores en dicho ámbito para empeorar las condiciones de trabajo cardinales establecidas en el convenio colectivo sectorial (Gómez Gordillo, R., 2019). Junto a la aplicación prioritaria del convenio de empresa, la singular configuración de las empresas multiservi-

cios puso en discusión el tradicional sistema de selección del convenio sectorial aplicable en las empresas sin convenio propio. Esta circunstancia debilitó la garantía proporcionada por el mecanismo sectorial autónomo de equiparación de las condiciones de trabajo por sectores de la actividad económica. En suma, las personas que prestan servicios por cuenta de empresas multiservicios quedan al margen tanto de los mecanismos específicos de garantía establecidos para las contratas, porque en la mayoría de los supuestos su actividad no es considerada propia actividad, como de los mecanismos generales de protección vinculados a la autonomía colectiva, en este segundo caso por aplicación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o por la desorganización de las categorías sobre la que se estructura la negociación colectiva sectorial en nuestro país.

La jurisprudencia ha contribuido a limitar la celebración de convenios de empresa mediante la declaración de nulidad de los acordados por representaciones de los trabajadores que adolecen de falta de legitimación suficiente para negociar por ruptura del principio de correspondencia (STS n.º 4001/2016, de 14 de julio de 2016, rec. 219/2015). Por otra parte, en ausencia de convenios de ámbito empresarial, y con el objetivo de cerrar la puerta al uso torticero de las normas sobre estructura de la negociación colectiva, la jurisprudencia ha señalado como aplicable el convenio colectivo sectorial de la actividad efectivamente desempeñada por las personas que prestan servicio en el marco de la contrata (STS n.º 438/2020, de 11 de junio, rcud. 1546/2016), en detrimento de la tesis inicial que consideraba aplicable el convenio de la actividad preponderante (STS n.º 1539/2015, de 17 de marzo, rcud. 1464/2014).

A pesar de lo dicho, la suma de elementos jurídicos y metajurídicos ha permitido a este tipo de empresas ocupar una posición central en un área de negocio que emerge con un protagonismo singular (Gómez Gordillo, R., 2018). El suministro de todo tipo de servicios a empresas, en particular, aquellos en los que el factor humano cobra una superior relevancia, permite a las empresas simplificar los mecanismos de ajuste de la mano de obra y reducir de manera capital los gastos de personal, bloqueando la acción de los mecanismos constitucionales de equilibrio o reparto del beneficio empresarial. El crecimiento de estas empresas se ha cimentado mediante un proceso de extensión transversal, que hoy día permite ofertar una gran tipología de servicios de apoyo a la actividad empresarial, añadiendo a las actividades más tradicionales otras de diversa naturaleza. La pléyade de servicios que suele englobar el objeto social de estas empresas siembra la duda sobre el argumento que defiende que su principal ventaja competitiva es la especialización productiva, recelo que se ve confirmado por el análisis del contenido de los convenios colectivos de empresa o centro de trabajo aplicables (VV.AA., 2018). En la práctica, estos convenios sirven al objetivo de mermar los estándares de condiciones de trabajo fijados en los convenios de ámbito sectorial.

La descentralización productiva está provocando un proceso de centrifugación de las relaciones laborales que afecta gravemente la eficacia de la normativa laboral (Gómez Gordillo, R., 2010). El objetivo de reequilibrar las relaciones de trabajo en las contratas exige el diseño de un sistema de garantías que exceda el ámbito del aseguramiento de la satisfacción de las deudas salariales y de seguridad social para un número limitado de actividades. Los fines y funciones de la regulación deben ser redefinidos desde una perspectiva más realista, a partir de las experiencias negativas que caracterizan el final del siglo pasado y las primeras décadas del presente. El fenómeno de la descentralización productiva debe ser objeto de una regulación integral, que afronte el proceso de precarización de las condiciones de trabajo, la actividad de las representaciones de los trabajadores en la empresa, el ejercicio de las libertades sindicales, y el efecto útil de regulación en materia de negociación colectiva.

## 2. Disfuncionalidad de la regulación laboral vigente

La estructura del marco normativo laboral de la subcontratación de obras y servicios en nuestro país ha permanecido prácticamente invariada desde la primera versión del ET. La regulación original, con alcance muy similar al actual, circunscribía su objetivo al aseguramiento de la satisfacción de los créditos salariales y de seguridad social. Las líneas maestras del marco normativo ya estaban presentes con anterioridad a la aprobación del ET, si bien el grado de protección resultaba algo más intenso. En concreto, la genérica responsabilidad respecto de «las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores», quedó reducida a las obligaciones de naturaleza salarial hasta «el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo», doble modificación que excluye las obligaciones de carácter extrasalarial y limita la cuantía de las de naturaleza salarial; por otro lado, se excluyen dos tipos de actividades del ámbito de responsabilidad del precepto, «la construcción o reparación» de la vivienda del empresario principal, y las contrataciones realizadas en el ámbito de actividades ajenas a la empresarial. La adición, ya en la primera década del siglo presente, de derechos de información para los trabajadores de la contratista (apdo. 3) y para sus representantes (apdo. 5), y de facultades de representación de los trabajadores de carácter subsidiario y limitado (apdo. 6) no altera en lo fundamental el propósito regulatorio (Soriano Cortés, D., 2000). Esta infrecuente estabilidad podría justificarse en la idoneidad del régimen jurídico, aunque, como se tratará de acreditar en los párrafos que siguen, no parece ser el caso del vigente art. 42 ET. El añadido de aquellos cinco apartados no ha servido al objetivo de garantizar condiciones de trabajo dignas para las personas que prestan servicio en actividades externalizadas, particularmente

precarizadas desde la aparición en escena de las empresas multiservicios (Esteve Segarra, M.A., 2017).

### 2.1. Ausencia de sistematicidad y dudas interpretativas

La regulación laboral que ordena la subcontratación adolece de falta de sistematicidad y genera dudas interpretativas. Los errores originales, el paso del tiempo y la falta de actualización han puesto de manifiesto la necesidad de una reforma que reordene el marco de referencia. En primer lugar, el art. 42 ET forma parte del capítulo III, que regula las fórmulas de modificación, suspensión y extinción del contrato y, más concretamente, de la sección segunda de dicho capítulo, que a su vez regula las garantías por cambio de empresario, junto a las reglas sobre cesión ilegal de trabajadores y transmisión de empresa. Entre estos preceptos, el art. 44 ET sería el único que hace mérito a las rúbricas del capítulo y de la sección. La subcontratación no supone una modificación subjetiva del contrato ni, por supuesto, su suspensión o su extinción. El contrato de la persona que presta servicios en una empresa contratista no es objeto de subrogación por la comitente, salvo que se produzca el fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores prohibido por el art. 43 ET, y siempre que aquélla ejerza el derecho de opción previsto en el apdo. 4 de dicho precepto; también puede darse dicha circunstancia en supuestos de sucesión de contratistas o cuando la empresa principal asume directamente la actividad anteriormente externalizada, ahora por aplicación del art. 44 ET. Pero lejos de estos supuestos, la subcontratación no está vinculada a ninguna modalidad de novación subjetiva del contrato de trabajo.

Por otra parte, aunque el art. 42 ET es el precepto central en la regulación de la materia, la regulación laboral del fenómeno descentralizador se extiende por otras normas de la disciplina, sin que el precepto de referencia se detenga a realizar las conexiones pertinentes, lo que ha dado lugar a dudas interpretativas. Es el caso de los arts. 168.1 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 de 31 de octubre (en adelante, LGSS) y 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, BOE de 10 de noviembre (en adelante, LPRL) y, en particular, de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, BOE de 19 de octubre (en adelante, Ley subcontratación de la construcción). En la misma lógica, la letra del art. 42 ET genera dudas sobre el ámbito de aplicación de sus múltiples apartados. Existe cierto consenso en torno a la tesis que defiende que los dos primeros únicamente resultan aplicables a las contratistas de la propia actividad, mientras que el resto serían aplicables a todas las contratistas, pero la letra del precepto abona interpretaciones contradictorias. Tampoco ayuda la redacción del artículo a resolver los problemas interpretativos en torno a la distribución de responsabilidades en las cadenas de subcontratación de las que, en ocasiones, forman parte un número notable de empresas (Cruz Villalón, J., 1992).

## 2.2. La desprotección de las personas que prestan servicio en actividades complementarias

La regulación en la materia ofrece dos niveles de protección para las personas empleadas en la realización de las actividades subcontratadas, que limitan de manera injustificada la eficacia del mecanismo legal de garantías. La determinación de qué tipo de actividades deben ser incluidas en el bloque de protección reforzada y cuáles en el bloque de protección básica es objeto de debate doctrinal y jurisprudencial. La tesis mayoritaria interpreta que los apartados primero y segundo del art. 42 ET configuran el sistema de garantías reforzado, reservado a los supuestos en que la empresa principal contrate obras o servicios que puedan ser incluidas en su propia actividad. En tales casos, el empresario principal responde solidariamente por las deudas contraídas durante el periodo de ejecución de la contrata por el empresario contratista o subcontratista con los trabajadores empleados en la ejecución de la obra o el servicio contratado. De las deudas salariales responderá durante un año, a contar desde la finalización del encargo, pero si se trata de deudas de seguridad social, el plazo se amplía hasta tres años, a contar desde la misma fecha. Adicionalmente, cuando la contrata de propia actividad se desarrolle en el centro de trabajo de la principal, el art. 24.3 LPRL considera responsable al empresario del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales. Por el contrario, las personas empleadas en actividades que no formen parte de la propia actividad de la empresa principal no gozan de estas mismas garantías al quedar al margen del ámbito de aplicación de los apartados primero y segundo del art. 42 ET y del art. 24.3 LPRL. El bloque de protección básica resulta por tanto bastante débil, la responsabilidad se transforma en subsidiaria y solo alcanza a las deudas por prestaciones de seguridad social, ahora por aplicación de lo dispuesto en el art. 168.1 LGSS. En otras palabras, en contratas de actividades complementarias no existen garantías legales sobre las deudas salariales que puedan alcanzar al empresario principal, salvo las que puedan derivarse de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.597 Código Civil.

A partir de este dato, la referencia normativa al concepto propia actividad se convierte en clave de arco del sistema laboral de garantías (Gómez Gordillo, R., 2017b). Los arts. 4 Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (BOE 4 de enero de 1971) y 19.2 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE de 21 de abril) alumbraron y dieron continuidad a un concepto hoy vetusto que, sin embargo, ha ido superando las sucesivas reformas normativas operadas antes y después del periodo que preside la vigente norma constitucional. Curiosamente, la exposición de motivos de la primera justificaba la oportunidad de regular la materia por «las profundas transformaciones experimentadas por la estructura de las relaciones laborales», motivación que también debiera impulsar ahora una reforma integral del precepto. El legislador consideraba preciso salvaguardar los derechos de los trabajadores frente a actuaciones fraudulentas en la contratación y en el empleo; para ello la norma prohibía y sancionaba la cesión

de trabajadores (arts. 1 a 3) y establecía la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las deudas contraídas por el empresario auxiliar con sus trabajadores y con la seguridad social durante el periodo de vigencia de la contrata de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad (art. 4). El sistema de comunicación de responsabilidades pretendía desplegar una triple funcionalidad: prevención del fraude, aseguramiento de pagos, y saneamiento del mercado de contratas.

La responsabilidad del empresario principal no se justificaba en la comisión de fraude alguno, ni era preciso acreditar relación laboral entre éste y las personas que prestan servicio en la contrata. Por el contrario, se considera responsable solidario del pago a quien toma la decisión de externalizar parte de su actividad, a quien escoge qué contratista asume dichas tareas y, sobre todo, a quien es el beneficiario último de la utilidad patrimonial que genera la prestación que realizan las personas que trabajan por cuenta de la empresa contratista (STS de 17 de mayo de 1996, rcud. n.º 1902/1995). La empresa acuerda la externalización de parte de su actividad con la intención de mejorar su margen de beneficio o, simplemente, porque no posee las capacidades necesarias para realizar directamente ciertas actividades. En ambos casos debe poner en práctica un juicio de ponderación a partir de la activación de una pluralidad de criterios. La norma le obliga a que incluya en su análisis un dato adicional, la empresa seleccionada debe estar en condiciones de hacerse cargo de sus gastos laborales y de seguridad social. En términos más simplificados: «quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que se puedan derivar del mismo» (Soriano Cortés, D., 2007). El argumento precedente no permite vislumbrar qué motivos justifican la existencia de un doble nivel de protección, pues las razones que aconsejan su introducción en supuestos de propia actividad debieran recomendar también su extensión al resto de contratas (Gómez Gordillo, R., 2018).

### 2.3. La discutible interpretación restrictiva del concepto propia actividad

El concepto propia actividad permite situar al margen de la protección del mecanismo de garantía de pagos a las contrataciones realizadas por la empleadora por razones ajenas a su actividad empresarial. A pesar de ello, el art. 42.2 ET in fine, reitera esta exclusión de forma expresa y, a modo de ejemplo, cita las obras de construcción o reparación de la vivienda del empleador. La mención legal en estos términos puede considerarse innecesaria o redundante, aunque ha servido para defender que la voluntad del legislador laboral es establecer un doble régimen jurídico para las contrataciones realizadas por razón de la actividad empresarial. La necesidad o adecuación de establecer reglas diferenciadas en atención al tipo de actividad empresarial externalizada se justificó inicialmente en los distintos efectos de la decisión empresarial sobre la plantilla de la empresa comitente (Rodríguez Piñero, M., 1972). En el caso de la contratación

de actividades propias se produciría un efecto sustitutivo sobre la prestación directa de la mano de obra, mientras que en el supuesto de contrataciones de actividades complementarias dicho efecto no se produciría. En esta lógica, la regla ejercería un protagonismo preventivo respecto de la articulación de sistemas de producción diseñados con el objetivo de desplazar el riesgo de la comitente en perjuicio de los intereses de las personas empleadas en la contrata que, por otra parte, permanecen ajenos a la adopción de estas decisiones. La comunicación de las responsabilidades por las deudas laborales entre contratista y comitente debe entonces limitarse a las actividades que constituyen el objeto social de la empresa, pues únicamente respecto de éstas se concreta el citado efecto sustitución. Visto desde el momento presente, el criterio resulta de difícil traslación pues, en línea de principio, todas las actividades empresariales, nucleares o complementarias, podrían realizarse con personas contratadas directamente por la empresa principal o mediante el recurso a la contratación de otras empresas. Permanecerían al margen de la anterior afirmación aquellas actividades que, por razones de especialización productiva, la empresa comitente no pudiera, en términos materiales, realizar. Pero también en este caso la diferenciación resulta de gran dificultad, pues los elementos tecnológicos y el *how know* necesarios, al menos en hipótesis, pueden ser objeto de adquisición.

En todo caso, la doctrina pronto advirtió de la complejidad aplicativa de un criterio que obligaba a estudiar, caso por caso, las actividades de ambas empresas para definir el régimen normativo aplicable, sobre la base de un criterio dotado de perfiles difusos, sometido a los efectos de la evolución de las prácticas organizacionales (SORIANO Cortés, D., 2007: p. 104) (Nores Torres, L.E., 2004: p. 87). Como era de esperar, la polémica se trasladó al ámbito judicial en el que distintas tesis hicieron fortuna, siguiendo una tendencia evolutiva claramente restrictiva. En un principio, se invocó la tesis de la «indispensabilidad» para considerar que formaban parte de la propia actividad de la empresa las actividades necesarias o imprescindibles para la concreción del objeto empresarial. En aplicación de esta teoría, en el ámbito de aplicación del bloque de protección reforzada quedaban incluidas dos tipos de contrataciones: las referidas a actividades que componen el ciclo de producción de la empresa y las referidas a tareas de carácter complementario. Con posterioridad, se fue consolidando la tesis de la «inherencia», según la cual solo formarían parte de la propia actividad de la comitente aquellas tareas inherentes al ciclo productivo de ésta, con exclusión de aquellas otras que no forman parte del núcleo de producción o de prestación de servicios (STS de 18 de enero de 1995, rcud. n.º 150/1994).

Como se ha dicho más arriba, esta segunda tesis se justifica mediante un criterio teleológico cargado de razón. El legislador laboral habría introducido el concepto de propia actividad con el objetivo de evitar que la responsabilidad por deudas laborales se extendiese al conjunto de la actividad empresarial, reservando esta fórmula de aseguramiento para aquellas tareas que le son más afi-

nes. No comparto, sin embargo, la conclusión comúnmente enunciada sobre la base de este argumento, pues en mi opinión no resulta obvio que la tesis de la indispensabilidad no permita satisfacer el criterio del doble grado de protección. En este sentido, convendría señalar que el género actividades empresariales no se circunscribe a las especies actividades nucleares y actividades complementarias. La empresa realiza también contrataciones ajenas al proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios. Entre otras, los contratos realizados para la puesta en marcha de la empresa, para la renovación o para la transformación de la organización empresarial, los relativos a la publicidad o al lanzamiento de nuevos productos, los estudios de mercado y otras muchas actividades que no pueden considerarse actividades de producción o de prestación de servicios.

Por otra parte, la tesis jurisprudencial del ciclo productivo ha limitado paulatinamente su inicial carácter restrictivo, para confundirse en algunos pronunciamientos con la tesis de la indispensabilidad, aunque en este caso no ha habido expresa manifestación de cambio de doctrina. No obstante, los pronunciamientos judiciales que se muestran favorables a mantener y aplicar la tesis de la inherencia realizan afirmaciones que bien pueden defenderse desde posiciones más cercanas a la tesis de la indispensabilidad, como cuando para determinar si una contrata forma parte de la propia actividad de la empresa comitente el tribunal se cuestiona si «de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial» (STS n.º 56/2020, de 23 de enero, rec. 396/2017).

#### **2.4. La existencia de otros mecanismos de aseguramiento de las deudas salariales y de seguridad social**

Como es sobradamente conocido, el art. 42 ET no es el único precepto que asegura el pago en supuestos de contratas y subcontratas en el ordenamiento jurídico laboral español. La pluralidad de instrumentos de garantía salarial o prescricional que en la actualidad posee el ordenamiento laboral permite afirmar que, en última instancia, las garantías de pago de las deudas salariales y de seguridad social que ofrece el art. 42 ET tienen hoy como destinatario principal al Estado. La eventual insolvencia del empresario contratista puede ser en parte cubierta por el Fondo de Garantía Salarial (art. 33 ET), o vía acción directa por el art. 1.597 C. Civil, mientras que el principio de automaticidad, que opera sobre las prestaciones de seguridad social ex art. 167 LGSS, impide que los impagos del empleador afecten o menoscaben los derechos en materia de prestaciones de las personas que prestan servicio en contratas o subcontratas. Sin perjuicio de lo anterior, no puede negarse que la pluralidad de garantías de cobro obra también en favor de los intereses de las personas trabajadoras, y que la fórmula que obliga a la empresa principal a hacerse cargo de estas deudas a petición de la acreedora resulta un instrumento de gran eficacia a estos efectos. Por consiguiente, aunque la relevancia de la previsión estatutaria ha ido disminuyendo desde su aparición,

tanto por la interpretación restrictiva del concepto propia actividad, como por la aparición de otras fórmulas de salvaguarda de los intereses de las personas trabajadoras, continúa siendo el mecanismo más eficaz para garantizar las deudas salariales y de seguridad social. La nueva regulación podría mejorar la protección, extendiendo el alcance de la garantía al conjunto de las deudas retributivas y, sobre todo, reformulando o eliminando el requisito de la propia actividad, para tutelar los derechos de las personas que prestan servicio en contrata de actividades complementarias.

### **2.5. La débil protección ofrecida por los mecanismos de información y representación**

Menores discrepancias existen en torno alcance general, para todo tipo de contrata, de los derechos de información y representación previstos en los apartados 3 a 7 del art. 41 ET, seguramente porque no llevan aparejados eventuales costes para la empresa principal. Los apartados 3, 4 y 5 fueron introducidos en 2001, mientras que la aparición de los apartados 6 y 7 se demoró hasta el año 2006. Obviamente, los derechos de información, tanto individuales como colectivos, ofrecen un mayor grado de transparencia y pueden ser un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos, pero, aisladamente considerados, su eficacia para garantizar los derechos laborales resulta muy limitada. Por su parte, la dificultad formal y material de acceso a la representación de los trabajadores no parece que haya disminuido de manera apreciable. A mayor abundamiento, la referencia legal al derecho de reunión de las distintas representaciones de los trabajadores de las empresas que comparten de forma continuada un mismo lugar de trabajo, ni genera nuevas garantías, ni legaliza posibilidades de relación entre representantes suficientemente amparadas por la libertad sindical. La referencia a la posibilidad de que los representantes trabajadores de las contrata hagan uso de los locales de la empresa cedidos a la representación de los trabajadores de la principal, contenida en el art. 81 ET, resulta insuficiente y problemática, al quedar condicionada a la existencia de un acuerdo con la empresa sobre el particular y, en ocasiones, a la posibilidad de que una interpretación literal del precepto obligue a la representación de sus trabajadores a compartir espacios habitualmente escasos. Por otra parte, el estrecho canal de representación que se ofrece a los trabajadores de la contrata que carecen de ella tampoco ha satisfecho las necesidades de este colectivo.

### **2.6. La inadecuación del contrato de obra o servicio para la cobertura de las necesidades de la empresa contratista**

Sin perjuicio de la insuficiencia de los mecanismos específicos de garantía, a los que se ha hecho referencia más arriba, la duración determinada de los contratos de las personas que prestan servicio por cuenta de la contrata ha sido una de las causas que ha alimentado de manera más notable el proceso de desarticu-

lación de la tutela jurídico laboral y la generalización de situaciones de precariedad en el ámbito objeto de estudio. Durante un periodo que se ha extendido más de dos décadas, las empresas contratistas han hecho uso de la modalidad de contrato temporal prevista por el art. 15.1.a ET, para cubrir las necesidades de mano de obra derivadas de la celebración de una contrata, posibilidad legitimada, entre otras muchas, por la STS de 15 de enero de 1997, rcud. 3827/1995 (Saguinetti Raymond, W., 2021). Hasta dicho pronunciamiento, nuestros tribunales habían mantenido un criterio más restrictivo, que impedía el uso de esta modalidad contractual en tales supuestos (STS de 26 septiembre 1992, rcud. 2376/1991). El cambio de doctrina se justificó, en su momento, con el argumento de que la celebración del contrato entre empresas generaba una necesidad de trabajo temporalmente limitada, objetivamente definida y conocida por ambas partes en el momento de la firma del contrato de trabajo. En aplicación de esta doctrina, durante estos años se ha admitido la vinculación de la duración del contrato de trabajo a la vigencia de la contrata, con inclusión de las eventuales y sucesivas prórrogas.

La flexibilización del criterio jurisprudencial facilitó el desarrollo de los procesos de descentralización productiva y el abuso del recurso a la contratación temporal. La comprobación de los efectos negativos que la tesis jurisprudencial generaba determinó una rectificación parcial de la doctrina jurisprudencial, mediante la imposición de determinados límites. En concreto, la STS n.º 4975/2007, de 14 de junio de 2007, rec. 2301/2006, consideraba que el cese anticipado de la contrata por acuerdo entre las empresas no justificaba la automática extinción de los contratos de trabajo de las personas contratadas a tal fin. Con posterioridad, la STS n.º 3491/2008, de 10 de junio de 2008, rcud. 1204/2007, niega también la posibilidad de dar por finalizados algunos de los contratos de duración determinada celebrados para la atención de la contrata cuando el comitente reduce sus necesidades de mano de obra ajena.

La preocupación por la evolución del sector indujo también la actuación del legislador, que procedió a limitar la extensión temporal de estos contratos (art. 1 RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, BOE de 17 de junio). La reforma no pretendía reconducir el criterio jurisprudencial, pero limitaba la duración de estas contrataciones, entendiéndose que superado el límite legal (3 años) o convencional (4 años) las tareas contratadas gozan de naturaleza permanente y, por consiguiente, deben ser cubiertas mediante contratos de duración indefinida. La eficacia de la reforma quedó en parte mermada por lo dispuesto en la Disp. Trans. 1.ª del mismo texto normativo, que situó fuera del ámbito de aplicación del precepto a los contratos concertados con anterioridad a su entrada en vigor. La exclusión legal ha permitido que algunos contratos de duración determinada hayan permanecido vigentes hasta la fecha presente, mientras que el generalizado fraude en materia de contratación temporal que padece nuestro sistema de relaciones laborales ha favore-

cido un alto grado de rotación de personas, en aquellos contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la norma limitativa.

Conocedor de esta realidad, el TS se reafirma en su tendencia restrictiva en varios pronunciamientos relativamente recientes. Las SSTS n.º 3243/2008 y n.º 3308/2008, de 19 de julio de 2018, declaran que las sucesivas modificaciones de la contrata original desdibujan la previsibilidad del límite temporal que caracteriza a los contratos de obra o servicio determinado transformándolos en indefinidos. Con posterioridad, la STS n.º 4248/2020, de 10 de diciembre, rcud. 1858/2018, declara aplicable la regla sobre la concatenación de contratos, establecida en el art. 15.5 ET, en un supuesto de subrogación del contratista entrante en los contratos de trabajo de la saliente. Semanas más tarde, la STS n.º 4383/2020, de 29 de diciembre de 2020, rcud. 240/2018, confirma el cambio de rumbo, y realiza una rectificación integral de la doctrina en la materia, negando la idoneidad de la modalidad contractual prevista en el art. 15.1.a ET en supuestos de contrata «cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros». La sentencia permite revalorizar los criterios de autonomía y sustantividad poniéndolos en contacto con el proceso productivo de la empresa contratista.

La renovada jurisprudencia en la materia podría solucionar los problemas de abuso de la contratación temporal en el sector de las contratas de obras y servicios, aunque el legislador no debiera dejar en manos de los jueces toda la responsabilidad en este apartado. Algunos pronunciamientos judiciales previos (STS n.º 3243/2008, de 19 de julio, rcud. 823/2017) señalaban en dicha dirección, el legislador haría bien en atender estos llamamientos para reforzar la prohibición de recurrir a este tipo de contratos en supuestos de contratas, mediante una exclusión general, a efectos declarativos, incluida en el art. 15.1.a ET.

## **2.7. La cuestionada aplicabilidad del art. 44 ET en supuestos de sucesión de contratas**

Los cambios en la titularidad de la contrata, y sus efectos sobre la estabilidad en el empleo y sobre las condiciones de trabajo de las personas afectadas, constituyen una fuente de problemas en nuestro sistema, que no han sido adecuadamente solucionados ni por los cambios normativos, en esta materia claramente influenciados por las normas de la UE, ni por la recurrente intervención de la jurisprudencia estatal y de la UE, ni por la actuación de la negociación colectiva (Gómez Gordillo, R., 2019). La situación de inseguridad jurídica se ha visto incrementada tras el sentido del fallo de la sentencia Somoza Hermo (STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C- 60/2017), pronunciamiento que añade tensiones en el proceso de renovación de los convenios colectivos de determinados sectores, que han venido generando un imperfecto y complejo sistema de garantía de continuidad y mantenimiento de las condiciones de trabajo de los contra-

tos vinculados a la realización de la contrata que cambia de titular, aplicable en sectores de la actividad masivamente externalizados. Conforme a esta reciente doctrina, enésimo pronunciamiento que ha coronado el diálogo sobre el particular que el Tribunal Europeo mantiene con el Tribunal Supremo desde hace décadas, si la empresa entrante asume, en cumplimiento de lo establecido en el convenio colectivo aplicable, los contratos de trabajo vigentes de la contrata saliente, la subrogación operada debe realizarse en los términos y condiciones establecidos por el art. 44 ET. Por esta vía, la subrogación de contratas prevista en convenio colectivo, que en principio operaría al margen de la regulación legal, pasa a integrar el ámbito de aplicación del mencionado precepto legal. En otras palabras, la novación subjetiva del empresario en los contratos de trabajo de la saliente se alza como causa y efecto del supuesto legal. En la práctica, cuando los negociadores de un convenio colectivo sectorial acuerdan una cláusula de este tipo, atraen la aplicación del conjunto de reglas contenidas en el art. 44 ET y, por consiguiente, la nulidad de cualquier cláusula convencional que tenga por objeto modificar los efectos legales de la subrogación, cuando es acordada en detrimento de los intereses de las personas trabajadoras. El análisis de una cuestión tan espinosa aconseja incluir los cambios en la titularidad de las contratas en el ámbito de aplicación del art. 44 ET, para dotar de seguridad jurídica a una regulación ya sometida a profundos cambios.

## 2.8. La permeable frontera entre cesión ilegal y lícita contrata

Ya se ha dicho que la originaria regulación de la actividad en contratas y subcontratas surgía en paralelo a la ordenación de la cesión ilegal, como fórmula de materializar el principio que niega la condición de mercancía al trabajo humano. La reforma más relevante en la materia, más allá de la legalización de la actividad de suministro de mano de obra para las empresas de trabajo temporal, fue operada en 2006, y procedió a reconocer la insuficiencia de la regulación entonces vigente para deslindar de manera clara ambos fenómenos. La operación de reforma resolvió, con la adición de un nuevo apartado segundo al art. 43 ET, complementar el precepto con la introducción de una serie de presunciones elaboradas a partir de los indicios que la doctrina judicial venía manejando.

El trascurso del tiempo ha venido a demostrar que la positivación de indicios de origen jurisprudencial mejora, pero no resuelve, los problemas de delimitación conceptual. A fecha de hoy, la frontera entre la cesión ilegal y la subcontratación lícita continúa siendo excesivamente difusa en la práctica de las relaciones laborales, especialmente en los supuestos en que las empresas contratistas realizan su tarea en el centro de trabajo de la comitente. En estos casos, las empresas contratistas no suelen hacer uso de una significativa infraestructura material, por lo que el sistema de presunciones establecidos en el art. 43.2 ET, en muchos casos, se concreta en la exigencia de que el empresario contratista « ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario ». En la práctica,

la doctrina judicial en la materia permite simular el ejercicio de estas facultades a partir del cumplimiento formal de todos o de alguno de los indicios señalados en los numerosos pronunciamientos judiciales. Es cierto que la reforma de 2006 no incorporó todos los criterios manejados por la doctrina judicial y, en particular, olvidó incluir el elemento de la autonomía técnica de la contrata. La inclusión de este criterio puede coadyuvar a mejorar la situación, pero incidir en una estrategia legal ya probada quizás no sea la mejor alternativa. Ante estas dificultades, quizás la estrategia más eficaz pase por desincentivar el recurso a estas fórmulas de organización empresarial.

### 3. Alcance y orientación de las propuestas de reforma conocidas hasta la fecha

El acuerdo de gobierno entre el Partido Socialista Obrero Español y Unidas Podemos, celebrado el pasado día 30 de diciembre de 2019, compromete a sendos partidos a reformar la regulación contenida en el art. 42.1 ET «a efectos de limitar la subcontratación laboral a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa». La parca mención sobre la materia señala un objetivo de difícil concreción que, desde el punto de vista teórico, podría ser alcanzado por distintas vías. Asegurar que las empresas limiten el recurso al auxilio de otras empresas a motivaciones de carácter técnico constituye un objetivo que puede abordarse desde la prohibición, opción que, prima facie, podría vulnerar otros derechos y libertades, o mediante incentivos negativos que pudieran tener mejor encaje legal. En todo caso, en ausencia de borradores que pudieran haber sido puestos sobre la mesa del diálogo social, no cabe más que analizar el texto de la Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del ET para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, presentada por el PSOE el 8 de agosto de 2016 (BOCG de 9 de septiembre de 2016), y de las enmiendas presentadas por los partidos representados en el Congreso de los Diputados en la legislatura precedente (BOCG de 3 de mayo de 2017), por más que no se ignore que dicho procedimiento, en su momento, caducó sin que las distintas propuestas llegasen a ser discutidas en el Pleno.

La iniciativa parlamentaria plantea la necesidad de reformar el art. 42 ET para la consecución de tres objetivos fundamentales. En primer lugar, se propone mejorar el grado de seguridad jurídica mediante la introducción de una serie de parámetros que faciliten la identificación del concepto propia actividad. En segundo lugar, la propuesta señala prácticas de competencia desleal entre empresas que forman parte de un mismo sector de la actividad económica, mediante la puesta en marcha de procesos de degradación de las condiciones de trabajo; dicho, en otros términos, la propuesta describe cómo la externalización de actividades provoca situaciones de dumping social, fundamentalmente mediante

la reducción de la cuantía de las retribuciones y el incremento de los tiempos de trabajo, y genera competencia desleal entre empresas centralizadas y empresas con procesos productivos descentralizados. Como colofón de todo lo anterior, la propuesta pretende poner en marcha un mecanismo de igualación de condiciones de trabajo entre los trabajadores de la empresa principal y contratista, similar al establecido para las Empresas de Trabajo Temporal. De alguna manera, la propuesta de reforma retoma los tres objetivos de la regulación originaria (prevención del fraude, aseguramiento de pagos y saneamiento del mercado de contrata) e incorpora un objetivo adicional, la mejora de las condiciones de trabajo de las personas empleadas por contrata y subcontratas.

Por su parte, las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios, incluido el Grupo Socialista, proponen profundizar en la reforma de otros aspectos. En concreto, aunque se mantiene la estructura de los mecanismos de protección vigentes, edificada sobre un bloque de protección reforzada, para contrata de la propia actividad, un bloque de protección básica, para el resto de contrata, y facultades de información y representación especialmente intensas en los supuestos de contrata que prestan servicio en el centro de trabajo de la empresa principal, el alcance y la intensidad de los mecanismos de protección propuestos resulta más completa y eficaz. Adicionalmente, se propone la mejora de la definición de algunos conceptos legales, en particular, el concepto de cesión ilegal.

### 3.1. Norma laboral, libertad de establecimiento y libertad de empresa

La jurisprudencia española incardina las decisiones sobre externalización productiva, como el resto de las relativas a la ordenación del proceso de producción de bienes o servicios, en el ejercicio de las facultades empresariales protegidas por el art. 38 CE (STS n.º 5791/2015, de 20 de noviembre). Sin perjuicio de lo anterior, esta libertad puede ser limitada por el legislador ordinario, como implícitamente reconoce también la jurisprudencia cuando afirma que «el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva» (STS n.º 9880/2001, de 17 de diciembre, rcud. 104/2015). Es obvio que las eventuales limitaciones que sobre el ejercicio de esta libertad puede imponer el legislador en el ámbito laboral deben justificarse, como dice la sentencia citada, en la finalidad de «evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores». Por tanto, podría concluirse que una regulación limitadora de las facultades empresariales de externalización de la actividad por motivaciones ajenas a la especialización productiva, en la medida en que estas decisiones pudieran vulnerar los derechos de los trabajadores, no es radicalmente contraria al marco normativo constitucional español.

En la misma lógica, una regulación restrictiva de las facultades de organización empresarial podría afectar las libertades de establecimiento y libre pres-

tación de servicios (Pérez de los Cobos Orihuel, F., 2020) y, por este motivo, verse sometida al control del TJUE. En tal caso, las autoridades españolas se verían obligadas a demostrar que la reforma resulta necesaria para garantizar los derechos de los trabajadores subcontratados a disfrutar de unas condiciones de trabajo dignas (art. 31 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y, conforme al principio de proporcionalidad, que no resulta posible alcanzar dicho fin con la aplicación de normas menos rigurosas. Es evidente que sobre la posibilidad de explorar vías menos invasivas para garantizar la consecución del objetivo propuesto resulta de mayor dificultad alcanzar un acuerdo, pues las medidas posibles son numerosas, casi infinitas, y la certeza sobre el éxito de la acción normativa requiere un ejercicio de predicción muy condicionado por elementos de carácter subjetivo.

Por todo ello, y en atención a los argumentos precedentes, pudiera entenderse que la metodología jurídicamente más segura de intervención normativa en la materia vendría de la mano de la introducción de incentivos negativos que desanimen a las empresas a subcontratar actividades con el objetivo de reducir los costes de personal. Esta opción cuenta ya con algunas experiencias que no han recibido reproche por parte de los tribunales estatales y ni de la UE. Es el caso, entre otros, del art. 5 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE de 5 de diciembre), que establece un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de la ETT, que afecta a las condiciones esenciales de trabajo. En todo caso, conviene tener presente que el art. 4 de la misma norma hace referencia expresa a la posibilidad de restringir la actividad de este tipo de empresas, «por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos».

### 3.2. Igualación de condiciones laborales y de empleo y propia actividad

El establecimiento de un principio de igualación de condiciones de trabajo, aplicable a las personas que prestan servicio por cuenta de una empresa contratista, garantizaría que, durante el tiempo de ejecución de la contrata, quienes participan del proceso de elaboración de un bien o de la prestación de un servicio mantengan similares «condiciones laborales y de empleo», con independencia de su adscripción formal a la empresa principal o contratista. Con bastante probabilidad, la adopción de este mecanismo de equidad mejoraría las condiciones de trabajo en muchas empresas, e incrementaría los costes de las operaciones de externalización no justificadas por razones de especialización productiva, desincentivando el recurso a esta nociva práctica.

El término de referencia para la operación de igualación de condiciones de trabajo propuesto es «el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal», expresión que debe entenderse referida tanto a los convenios colectivos sectoriales como a los convenios colectivos de empresa, a los acuerdos de empresa, a los convenios extraestatutarios e, incluso, a las condiciones fijadas por voluntad unilateral del empleador.

Por otra parte, la propuesta original se detiene a especificar el alcance material de la previsión y enumera, como parte de las condiciones esenciales de trabajo y empleo, las referidas «a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales». En este apartado la propuesta no resulta particularmente afortunada desde el punto de vista técnico, si bien podría entenderse que la referencia a la remuneración está relacionada con la estructura retributiva, mientras que la idea de cuantía salarial tendría por objeto excluir los conceptos extrasalariales. Más extensa y comprensiva del conjunto de materias relacionadas con el concepto de jornada de trabajo puede considerarse la referencia al tiempo de trabajo y descanso que, en mi opinión, se extendería a la regulación de la materia *in toto*, incluyendo las reglas sobre permisos y vacaciones.

El debate sobre la delimitación del concepto condiciones esenciales parece cerrarse con la enmienda n.º 27, presentada por el Grupo Socialista, que en supuestos de propia actividad impone la aplicación del convenio colectivo aplicable a la empresa principal, «salvo que las condiciones del propio convenio fueran equivalentes», aunque puede generar alguna otra dificultad interpretativa. La enmienda resuelve de un plumazo la discusión en torno al alcance material del mecanismo igualador, pero no tiene en cuenta la dificultad de igualar determinadas condiciones, en particular alguna de las relacionadas con cuestiones de acción social o materias sindicales. Por otra parte, la referencia al convenio excluiría condiciones de trabajo fijadas por otras vías. Y, por último, la comparación entre convenios resulta compleja incluso cuando se utiliza la regla tradicional de aplicación del convenio colectivo más favorable. En esta ocasión se introduce una novedad, la enmienda hace referencia al convenio colectivo con condiciones equivalentes, circunstancia que eleva la complejidad de la operación de comparación. En mi opinión, la igualación de condiciones de trabajo debe regularse a partir de institutos jurídicos ya conocidos, estrategia que genera mayor seguridad jurídica sobre el alcance de la reforma.

La enmienda n.º 2, presentada por el Grupo Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (en adelante, Unidos Podemos), más allá de proponer la especificación de la materia relativa a la distribución de la jornada, aporta una relevante novedad relativa a las condiciones aplicables a las contratas que no corresponden a la propia actividad de la comitente, que transforma en norma jurídica

el criterio jurisprudencial para considerar aplicable el convenio colectivo del sector de la actividad que desarrolla la contrata, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar el convenio colectivo de empresa en caso de que este último fijase condiciones más favorables. La enmienda n.º 27, presentada por el Grupo Socialista, comparte literalmente el mismo criterio.

Como se ha visto, estas propuestas mantienen el protagonismo de la naturaleza de la actividad en la determinación del régimen jurídico aplicable. Los criterios interpretativos que durante estos años han acompañado al mecanismo han provocado el amparo de los grupos que precisan una menor protección, al tiempo que se desatiende a los colectivos que gozan de menos instrumentos de protección, cuyo número crece en paralelo a la evolución de la organización empresarial. Quizás por ello las propuestas de reforma inciden también sobre la definición de este polémico concepto. La propuesta original mantenía en lo sustancial la tesis de la inherencia, señalando como objeto de protección la realización de «todas o alguna de las actividades principales o nucleares» de la empresa comitente. En mi opinión, la propuesta original podría materializar un cierto paso atrás en la evolución de nuestra jurisprudencia, restringiendo de manera notable la eficacia de la reforma. En la misma línea, la enmienda n.º 21, presentada por Ciudadanos incidía en la tesis de la inherencia, circunscribiendo el ámbito de aplicación del art. 42.2 ET a las actividades «que se integren en el ciclo productivo de la empresa principal, de modo que formen parte inherente del producto o servicio que se elabora o se presta».

Por el contrario, aunque la enmienda n.º 27, presentada por el Grupo Socialista, se aferra también a la tesis de la inherencia, en esta ocasión relacionada con el objeto social de la empresa, deja en manos de la autonomía colectiva la posibilidad de extender la aplicación del precepto a aquellas otras actividades «necesarias para la organización y realización del trabajo». La opción de encomendar a la negociación colectiva la disposición, en beneficio de las personas trabajadoras, del ámbito de aplicación de un sistema de garantías tan necesario y urgente no parece la mejor de las estrategias, en particular si se toma en consideración las dificultades que las organizaciones sindicales encuentran en el ámbito descrito para desarrollar las libertades reconocidas en la norma constitucional. A mayor abundamiento, la redacción de la cláusula genera dudas en torno a la selección de los negociadores habilitados a tal fin, y a la legitimación de los negociadores de un determinado sector para obligar a las empresas ubicadas en otro sector de la actividad. En todo caso, el éxito parcial de la actividad de los negociadores en este punto podría agravar la situación de desigualdad, ya existente, entre los distintos sectores de la actividad, derivada de la aplicación de convenios colectivos de diverso tenor y grado de garantismo.

Por último, la enmienda n.º 2, presentada por Unidos Podemos, propone un concepto de propia actividad claramente más amplio, que considera parte

de la propia actividad las labores necesarias para la organización y realización del trabajo, sin que en este caso se haga depender del convenio colectivo su inclusión. En la práctica, la propuesta retoma la tesis de la necesidad, defendida inicialmente por nuestros tribunales, como elemento básico para extender la protección del art. 42 ET a los colectivos más afectados por los procesos de externalización, según se ha dicho más arriba. En todo caso, llama la atención la redacción, en dicha propuesta, de la cláusula que excluye del ámbito de aplicación del precepto la actividad de construcción o reparación de la vivienda, realizada por «el cabeza de familia». Más allá de la carga, desde la perspectiva de género, que sostiene la expresión, convendría extender la exclusión a las viviendas, en plural, propiedad de cualquier miembro de la familia, no sólo de aquellos empresarios o empresarias en quienes concurra la condición de padre o madre.

Particularmente novedosa es la regulación específica que la enmienda n.º 2 propone para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se considera propia actividad «todas aquellas actividades inherentes a las competencias que ejerzan y servicios que deban prestar, así como aquellas actividades complementarias necesarias para su cumplimiento». Por su parte, también en este supuesto, la enmienda n.º 27 condiciona la inclusión de las actividades complementarias a su selección por la negociación colectiva.

### **3.3. Subcontratación, información y representación de las personas trabajadoras en la empresa**

Más arriba se ha hecho referencia a las dificultades que las personas que prestan servicio por cuenta de una contrata o subcontrata encuentran a la hora de ejercer estos derechos, reconocidos con carácter general por los arts. 61 y ss. ET, y las limitaciones de la regulación específica sobre información y representación contenida en los apartados 3 a 7 del art. 42 ET, en particular cuando la tarea se realiza en el centro de trabajo de la empresa comitente. Pues bien, la propuesta original no planteaba mejora alguna en la materia, si bien las enmiendas presentadas por Unidos Podemos y el Grupo Socialista planean importantes novedades. En primer lugar, con relación a los derechos reconocidos en los apdos. 3, 4, 5 y 7 del art. 42 ET, se propone finiquitar las dudas en torno al alcance de tales previsiones, para expresamente señalar que tanto las contratas de la propia actividad como las de otras actividades se encuentran sujetas a lo previsto en tales apartados.

En segundo lugar, el derecho a ser informado de la identidad de la empresa principal se extiende también al conjunto de empresas que le preceden en la cadena de subcontratación, con el objetivo de que las personas trabajadoras tengan constancia de todas y cada una de las empresas contra las que puede eventualmente reclamar. La misma información debe ser puesta en conocimiento de la TGSS.

En tercer lugar, la enmienda n.º 5, presentada por Unidos Podemos, incorpora la obligación de que la representación de las personas trabajadoras de la contratista o subcontratista sea informada «documentalmente», sobre los extremos previstos en el art. 42.4 ET. En esta ocasión, la obligación no se extiende a la cadena de subcontratación y, en mi opinión, la referencia a la información documentada pudiera considerarse superflua, por redundante, si se atiende a la definición del derecho a la información prevista en el art. 64.1 ET.

En cuarto lugar, la enmienda n.º 7, presentada por Unidos Podemos, propone unificar, aunque introduciendo algo de confusión, los apartados 6 y 7 del art. 41 ET, aplicables como es conocido a las personas que prestan servicio en el centro de trabajo de la empresa comitente. En tales casos, la reuniones de coordinación de las representaciones de las personas trabajadoras, a las que se refiere el texto vigente, adquieren una perspectiva más proactiva y se transformarían en el ejercicio de una «labor coordinada en materia de organización del trabajo, condiciones de empleo, vigilancia y control en el cumplimiento de la normativa laboral, de Seguridad Social y en materia de prevención de riesgos laborales, a cuyos efectos recibirán información de todas las empresas sobre dichas materias y dispondrán de los locales y tableros de anuncios previstos en el art. 81». La previsión afecta a distintos derechos y facultades. Similar propuesta contiene la enmienda n.º 27. En todo caso, la relación de materias sobre las que la labor de las distintas representaciones podrá coordinarse no añade facultades que no pudieran desplegarse en el ejercicio de las libertades sindicales o de las atribuciones de la representación unitaria. Sin embargo, la obligación de informar al conjunto de las representaciones sobre dichas materias sí constituye un elemento novedoso que, sin duda, revaloriza y facilita el ejercicio de la actividad representativa. Por lo que hace referencia a la cuestión de los locales y tableros de anuncios, como se ha dicho más arriba, la posibilidad de compartir espacios escasos entre distintas representaciones puede provocar algunos conflictos, si bien, el reconocimiento del derecho al uso de locales y otros medios materiales por parte de la representación de las personas empleadas por las contratistas y subcontratistas debe valorarse positivamente.

Por último, las enmiendas n.º 7 y 27 modifican de manera radical la regla vigente, y contenida en el art. 42.6 ET, relativa a posibilidad de que la representación de las personas trabajadoras de la comitente ejerza tareas de representación de las personas trabajadoras de contratistas que carezcan de ella ante la empresa principal, y nunca con relación a reclamaciones respecto de la empresa contratista. La propuesta plantea básicamente que, en los mismos supuestos señalados en la norma vigente, la representación unitaria de la empresa principal asuma la tarea de representar a quienes carecen de representación a todos los efectos e incrementando en su caso el crédito horario. En otras palabras, la representación unitaria de la empresa principal asume subsidiariamente las tareas de representación de las personas que prestan servicio para contratistas y subcontratistas en el centro de trabajo de la principal, aunque a los solos efectos de coor-

dinación de las tareas más arriba mencionadas. Sin duda, la ambiciosa propuesta reduciría de manera eficaz las carencias advertidas. Más novedosa si cabe resulta la enmienda n.º 8, presentada por Unidos Podemos, que castiga con la presunción de que existe cesión ilegal los supuestos de incumplimiento de los deberes de información a los que hacen referencia los apartados 3 a 7 del art. 42 ET, cuando las empresas compartan centro de trabajo.

#### **3.4. La reordenación de la responsabilidad solidaria de la empresa comitente.**

La posibilidad de intensificar el mecanismo de responsabilidades como garantía del pago de las deudas que las empresas contratistas y subcontratistas pueden generar con las personas que prestan servicios en la ejecución de la contrata, se plantea en las enmiendas n.º 3 y 27, que realizan similares propuestas de extensión de su alcance, en términos objetivos y subjetivos, si bien como se ha dicho más arriba, a partir de una definición distinta del concepto propia actividad, más extensa en las enmiendas presentadas por Unidos Podemos.

La primera novedad se refiere a la perfección del doble nivel de garantía, pues en ambos casos se propone establecer la responsabilidad subsidiaria de la empresa comitente respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social cuando la contrata no sea de la propia actividad del comitente. En segundo lugar, se establece un sistema de responsabilidades múltiples, que recorre en sentido ascendente toda la cadena de subcontratación, de manera que las personas que prestan servicio en la última empresa subcontratista podrán reclamar a todas las empresas implicadas. En buena lógica, la imposición de responsabilidades va acompañada de una nueva obligación con la que cargarían todas las empresas contratistas y subcontratistas quienes, para subcontratar toda o parte de la actividad contratada, deberán solicitar el consentimiento previo de la empresa principal. Por su parte, la enmienda n.º 21 presentada por Ciudadanos, convierte aquel previo consentimiento en obligación de notificación. En ningún caso, se propone regulación relativa a las consecuencias jurídicas de la ausencia de consentimiento o comunicación que, en principio, no produciría efectos en el plano laboral, sin perjuicio de los que quepan imputar en el plano civil o mercantil.

Con relación a las modificaciones sobre el alcance objetivo de la garantía, las enmiendas 3 y 27 hacen referencia al conjunto de las obligaciones de naturaleza laboral, por lo que afectaría a todas las retribuciones e indemnizaciones, independientemente de su naturaleza salarial o extrasalarial, y de seguridad social, incluidos los compromisos de pensiones y demás obligaciones en materia de protección social complementaria.

#### **3.5. Hacia una mejora de la delimitación de los conceptos legales de aplicación**

Las enmiendas presentadas, en particular las n.º 2 y n.º 27, realizan un importante esfuerzo de definición de los numerosos conceptos jurídicos que parti-

cipan en la relación triangular y de diferenciación de los supuestos de contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores. Aunque podría afirmarse que tales conceptos se encuentran bastante consolidados entre la doctrina y la jurisprudencia, la sistematización de los mismos en el texto legal merece positiva valoración. En concreto, en primer lugar, sendas enmiendas definen con similar amplitud conceptos como el de «empresario principal», «empresario contratista» y «empresario subcontratista» y «encadenamiento de contratos». En este sentido, considero más correcto hablar de «empresa principal», «empresa contratista» y «empresa subcontratista», por más que la tradición de nuestro ET pudiera aconsejar mantener el término empresario, a pesar de que dicha posición comúnmente es ocupada por personas jurídicas. En segundo lugar, el contrato bilateral que vincula a ambas empresas debe tener forma escrita y podrá ser de naturaleza civil, mercantil o administrativa. En este apartado quizás la novedad más relevante es la exigencia de que el objeto del contrato debe poseer «autonomía y sustantividad propia», reiterándose la prohibición de que el objeto del contrato, en esencia, sea la aportación de mano de obra. Más allá de cuestiones técnicas que recomendarían eliminar reiteraciones en la redacción de los arts. 42 y 43 ET, la autonomía del objeto del contrato puede constituir una exigencia que obre en garantía de la competencia técnica de la contrata y, en ese sentido, estrechamente conectada con las exigencias que se enumeran en el párrafo posterior.

Son varias las enmiendas que tienen por objeto la delimitación del concepto de contrata y, en particular, su separación de la cesión ilegal de trabajadores. Las enmiendas n.º 2 y n.º 27, quizás de manera poco sistemática, exigen que la empresa contratista o subcontratista cuente con estructura organizativa «adecuada a su objeto social», infraestructura de medios materiales y personales propia, y organización estable «que garantice una actividad propia» y poner al servicio de la ejecución de la contrata dicha organización y, en particular, «ejercer el poder de dirección». En la misma línea delimitadora, otras enmiendas con mejor criterio técnico prefieren plantear modificaciones al texto del art. 43 ET, como es el caso de la enmienda n.º 12, presentada por Esquerra Republicana, o la n.º 16, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. Ambas hacen referencia a la exigencia de «autonomía técnica» de la contrata, aunque la segunda incluye exigencias adicionales relacionadas con la autonomía de la contrata, en sentido bastante próximo a los contenidos de las enmiendas presentadas por los Grupos Socialista y Unidos Podemos.

### 3.6. Estabilidad en el empleo y transmisión de contratas y subcontratas

Más allá de la eficacia de los mecanismos de garantía a los que se ha hecho referencia más arriba, en mi opinión, los elementos esenciales de la reforma en la materia, curiosamente, no formarían parte de la regulación contenida en el

art. 42 ET, en la medida en que las previsiones que pueden garantizar un mayor nivel de estabilidad en el empleo a las personas que prestan servicio para contratas y subcontratas se encuentran hoy en día reguladas en los arts. 15.1.a) y 44.2 ET.

A la primera cuestión ya me he referido ampliamente en apartados precedentes, baste ahora con señalar que la exclusión de la posibilidad de hacer uso del contrato por obra o servicio determinado forma parte también de los textos de las enmiendas que se analizan, en mi opinión, con mayor alcance del que se desprende de la más reciente jurisprudencia. En concreto, la enmienda n.º 10, presentada por Unidos Podemos, propone modificar la letra a) del art. 15.1, para negar valor justificativo, a efectos de la celebración de un contrato de duración determinada, a los supuestos de «contratación y subcontratación de obras y servicios por parte de la empresa, ya sea de naturaleza civil, mercantil o administrativa». Por su parte, la enmienda n.º 27, presentada por el Grupo Socialista, encomienda a la negociación colectiva sectorial o de empresa la posibilidad de establecer mecanismos de prevención del fraude en la contratación de duración determinada en este ámbito. En este punto, la siempre saludable intención de promocionar la negociación colectiva queda bastante fuera de lugar tras la lectura del fallo de la STS n.º 4383/2020, de 29 de diciembre de 2020, rcud. 240/2018.

Con relación a la sucesión de contratas, la enmienda n.º 9, presentada por Unidos Podemos, propone la adición de un nuevo apartado 11 al ya extenso art. 44 ET, por el que tanto la externalización inicial de actividades, como los eventuales cambios de titularidad de la contrata o subcontrata, y la reversión de la actividad a la empresa principal serían considerados supuestos de transmisión de empresa, a todos los efectos. Conviene tener presente que la referencia se limita a las contratas de propia actividad, por lo que *prime facie*, la reforma dejaría sin solucionar los cambios de contrata en los sectores más necesitados de atención, según se ha dicho con anterioridad. A mayor abundamiento, ni la normativa de la UE en la materia, ni la jurisprudencia del TJUE, ni el vigente art. 44 ET establecen diferencia alguna entre transmisión de empresas de propia o diferente actividad. Sin perjuicio de lo anterior, si junto a esta enmienda fuera aceptada la que redefine el concepto de propia actividad, presentada por el mismo grupo parlamentario, la cobertura del art. 44 *et al.* alcanzaría también a estos sectores especializados en la prestación de servicios complementarios para empresas.

Con el mismo objetivo, aunque con distinta técnica, la enmienda n.º 13, presentada por Esquerra Republicana, plantea la incorporación de un inciso adicional al contenido del apartado 2 del art. 44 ET, que define el concepto «entidad económica» que mantiene su identidad, para añadir los supuestos en los que la empresa entrante se hace cargo de «una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal de su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». La previsión traslada a la letra de la norma el sentido de la jurisprudencia conocida como «sucesión en la plantilla», tesis elaborada a partir del fallo de la

STJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00. Más allá de positivar una doctrina jurisprudencial bastante asentada, la propuesta plantea la misma problemática sobre la que se ha reflexionado más arriba, con relación a la STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C- 60/2017, en la medida en que contribuye a desincentivar la actividad negociadora en los convenios colectivos sectoriales de actividades complementarias. Por último, muy en la línea de otras enmiendas del Grupo Socialista, la n.º 28 deja en manos de la negociación colectiva la posibilidad de establecer los efectos en los distintos supuestos de cambio de contratista, posibilidad en nada vetada por la legislación vigente que, como es conocido, ni ha resuelto los problemas de aplicación en nuestro país de la normativa de la UE en la materia, ni ha conseguido alcanzar el grado de protección ofrecido por la norma legal.

### **3.7. La reforma de la subcontratación como vía para reformar la negociación colectiva**

Aunque la Proposición de ley original pretendía la modificación de art. 42 ET con carácter exclusivo, como se ha visto, las enmiendas se extienden sobre materias relacionadas directamente con las contrata y subcontratas incluidas en otros preceptos legales. Adicionalmente, algunas otras enmiendas tienen por objeto la modificación de aspectos de alcance general de la regulación laboral, en particular los relacionados con la negociación colectiva, que pueden afectar tanto a las contrata y subcontratas, como al resto de las empresas, independientemente de su estructura organizativa.

En materia de prioridad aplicativa del convenio de empresa, la enmienda n.º 14, presentada por Esquerra Republicana, propone la eliminación del apartado 2 del art. 84 ET, precepto que establece la prioridad aplicativa de la regulación sobre las materias esenciales reguladas en los convenios colectivos de ámbito de empresa sobre los convenios colectivos sectoriales lo que, en la práctica, permite a estos establecer condiciones menos favorables a los intereses de los trabajadores, reduciendo el estándar sectorial. En apartados precedentes se ha señalado esta regulación como responsable, en parte, del auge de las empresas multiservicios y de la precarización de las condiciones de trabajo de quienes prestan servicio en contrata y subcontratas. La supresión del apartado significaría la reposición del régimen jurídico precedente a la reforma de 2012 en materia de estructuración de la negociación colectiva, sin remodelar algunos otros aspectos que, en mi opinión, también debieran ser retocados con el objetivo de mejorar una regulación, la relativa a la concurrencia de convenios colectivos, que ha sido tradicionalmente objeto de crítica doctrinal. En todo caso, por lo que respecta a las contrata y subcontratas, el cambio normativo favorecería la extensión del paraguas de protección sectorial a las empresas contratistas y subcontratistas que, durante estos casi diez años, han celebrado convenios propios a la baja. Sin embargo, ninguna de estas propuestas plantea introducir previsión alguna en torno a la determinación del convenio colectivo sectorial aplicable a las

empresas multiservicios. Es cierto que el fallo de la STS n.º 438/2020, de 11 de junio, rec. 1546/2016, se emite bastantes meses después del cierre del plazo de presentación de enmiendas, pero convendría tener en cuenta su sentido en una próxima reforma.

Por su parte, la enmienda n.º 19, presentada por el Grupo Mixto, propone la modificación de la regulación de la legitimación para negociar convenios colectivos de empresa en el banco social. En concreto, se plantea el interés por establecer prioridad para negociar en dicho ámbito a las secciones sindicales y, en ausencia de estas, pero siempre con la autorización de la representación unitaria, a los sindicatos más representativos. La previsión resulta bastante novedosa y, aplicada con carácter general como se propone, supondría un cierto vuelco a la situación tradicional, caracterizada por el predominio de la representación unitaria. La revalorización del protagonismo de las secciones sindicales de empresa, en mi opinión, merece una reflexión más profunda y una regulación con mayor grado de integridad de la actividad de los delegados sindicales. En todo caso, la enmienda no aclara aspectos esenciales para la implementación de la propuesta como las mayorías necesarias para llegar a acuerdo, o la composición de la comisión negociadora. En este mismo apartado, merece la pena reseñar la enmienda n.º 22, presentada por Ciudadanos, que tiene también por objeto la modificación del art. 87.1 ET en sentido muy similar. La enmienda plantea legitimar con carácter prioritario a las secciones sindicales que agrupen a la mayoría de los miembros de la representación unitaria y, en ausencia de acuerdo mayoritario o de presencia de secciones sindicales, y previa delegación realizada por el comité de empresa o por los delegados de personal, a los sindicatos más representativos. Aunque esta propuesta mejora técnicamente la anterior, no se acierta a comprender el interés o la virtualidad de la reforma, en una materia en la que, con el régimen vigente, las secciones sindicales que gozan de mayoría en la representación unitaria no se encuentran con problema alguno para proceder a negociar un convenio colectivo de ámbito empresarial.

#### 4. Conclusiones

El trabajo parlamentario realizado en la anterior legislatura propone soluciones para responder a la mayoría de los problemas advertidos por doctrina y jurisprudencia. Con toda seguridad, estas propuestas están siendo objeto de discusión en la mesa de diálogo social, proceso que debe cerrarse con un acuerdo en la materia, en beneficio del sistema de relaciones laborales considerado en su conjunto. En mi opinión, aunque la reforma no puede ignorar los efectos que sobre los procesos de descentralización productiva proyectan las normas de aplicación general, sería contraproducente aprovechar la transformación de la normativa sobre subcontratación para alterar las reglas generales relativas a la ne-

gociación colectiva que, necesitadas también de reforma, merecen un espacio propio de discusión. En otras palabras, la reforma de la subcontratación debiera enfocarse desde la especificidad de la figura objeto de análisis y, por ello, los cambios, aunque sería indispensable que fueran más allá del contenido del art. 42 ET, no debieran afectar previsiones de carácter general.

El reequilibrio de las relaciones de trabajo en las contrata exige una reforma integral de la regulación vigente que desborde el sistema de aseguramiento de la satisfacción de las deudas salariales y de seguridad social para un número limitado de actividades. Los fines y funciones de la regulación deben ser redefinidos desde una perspectiva más actualizada, a partir de las experiencias negativas cosechadas durante los últimos decenios. En particular, la nueva regulación debe diseñarse con el objetivo de resolver la problemática planteada por las empresas multiservicios, mediante la introducción de mecanismos de dignificación de las condiciones de trabajo, de promoción de la actividad de las representaciones de los trabajadores en la empresa, y de garantía del efecto útil de regulación del ejercicio de las libertades sindicales. Si hasta la fecha, la regulación se despliega en torno al concepto de propia actividad, la experiencia aplicativa podría aconsejar un cambio radical, para conceder dicho protagonismo a otro tipo de elementos, como el dato locativo y la referencia temporal.

La reforma debe, en primer lugar, mejorar la sistemática del marco normativo vigente, mediante la adecuada conexión de las regulaciones en la materia contenidas en las normas laborales, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales. Particular atención debe prestarse a la normativa específica del sector de la construcción, cuya continuidad debiera evaluarse a la luz del alcance de la futura regulación.

En la misma lógica, en segundo lugar, la regulación debiera eliminar viejos problemas interpretativos, en particular, la diferenciación entre contrata y cesión ilegal, la concatenación de responsabilidades entre contratistas y subcontratistas, la duplicidad de regímenes de protección en atención al tipo de actividad desarrollada, y la condición de «entidad económica que mantiene su identidad» de la contrata. En otras palabras, debe perseguirse y castigarse con mayor eficacia e intensidad la cesión de mano de obra, las responsabilidades por deudas deben recorrer toda la cadena de subcontratación, debe eliminarse el concepto propia actividad y el art. 44 ET debe aplicarse a todos los cambios en la titularidad de la contrata. La eliminación del concepto propia actividad podría compensarse con la introducción de un elemento temporal, lo que excluiría de la protección ofrecida por el art. 42 ET los supuestos de colaboraciones puntuales entre empresas. Adicionalmente, la articulación de un sistema gradual de protección, en torno al binomio protección básica versus protección reforzada, podría mantenerse, reservando la segunda de las fórmulas a los supuestos de contrata y subcontratas que se desarrollan en el centro de trabajo de la comitente.

En tercer lugar, la renovada jurisprudencia en la materia soluciona parcialmente los problemas de abuso de la contratación temporal en el sector de las contratas de obras y servicios, aunque el legislador no debiera dejar en manos de los jueces toda la responsabilidad en este apartado. La expresa prohibición de utilización de la modalidad de contratación establecida en el art. 15.1.a) ET dotaría a las personas que prestan servicio por cuenta de contratas y subcontratas de la necesaria estabilidad.

En cuarto lugar, en los supuestos de prestación de servicios en el centro de trabajo de la comitente, la igualación de condiciones de trabajo vigentes en la empresa principal y, subsidiariamente, la aplicación del correspondiente convenio colectivo sectorial, podría resolver las cuestiones ligadas a la precarización de las condiciones de trabajo en empresas multiservicios. En el mismo ámbito, las lagunas derivadas de la insuficiencia del marco normativo sobre representación de los trabajadores podrían reducirse mediante una asunción plena de las facultades representativas por parte de los miembros de la representación unitaria de la principal, en ausencia de representación propia. Adicionalmente, las facultades de los delegados y delegadas sindicales podrían extenderse sobre las personas sindicadas que prestan servicio en el centro de trabajo de la comitente. Por último, cuando exista representación de las personas trabajadoras, los derechos de información y los medios de coordinación deben extenderse al conjunto de actividades objeto de contratación o subcontratación, independientemente del lugar en el que se presten los servicios.

En quinto lugar, la introducción de las modificaciones normativas más arriba enumeradas incrementaría los costes y, por consiguiente, desincentivaría el uso de prácticas de cesión ilegal, aunque la regulación podría completarse introduciendo el concepto de autonomía técnica entre los indicios delimitadores contenidos en el art. 43 ET.

Una reforma del marco normativo de la regulación laboral de las contratas y subcontratas, elaborada a partir de las anteriores premisas, debiera evitar reiteraciones expresas, fórmulas de protección redundantes y el incremento de las dudas interpretativas. De manera preventiva, se sugiere la reducción de la extensión de las futuras previsiones normativas, la simplificación de las fórmulas y mecanismos de garantía de derechos y el ajuste sistemático del futuro marco normativo en su globalidad.

## 5. Bibliografía

- CRUZ VILLALÓN, Jesús (1992) «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *Relaciones Laborales*, n.º 1, pp. 114-162.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo (2017) «Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios. Una contribución al debate», *Revista de Derecho Social*, n.º 77, pp. 215-238.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael (2010) «El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral», en Cruz Villalón, Jesús (dir.), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 110-163.

- GÓMEZ GORDILLO, Rafael (2017a) «La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012», en Cruz Villalón, Jesús (dir) *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca, Madrid, pp. 53-75.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael (2017b) «La propia actividad como límite a la propuesta de igualación de condiciones de trabajo en las cadenas de subcontratación: justificación y alternativas», en Cardona Rubert, María Belén (dir.), *Cambio laboral y políticas inclusivas*, Universitat de València, pp. 385-396.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael (2018) «Funcionalidad del concepto propia actividad en la empresa descentralizada», *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, AEDTSS, Cinca.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael (2019) «La subrogación de contratas prevista en convenio colectivo», en Molina Navarrete, Cristóbal (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, CARL, Sevilla, pp. 459-473.
- NORES TORRES, Luís Enrique (2004) *El trabajo en contratas: la noción de contrata de propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (2020) «Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 229, pp. 23-41.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2021) «Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 75.
- SORIANO CORTÉS, Dulce (2007) *Las contratas en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum, Sevilla.
- SORIANO CORTÉS, Dulce (2000) «El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación», *Temas Laborales*, n.º 56, pp. 121-138.
- VV.AA. (2018) *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*. Fundación 1.º Mayo, Francis Lefebvre, El derecho, Madrid.

# LOS DERECHOS COLECTIVOS DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN RELACIÓN CON EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

*The collective rights of domestic work in relation to the Workers' Statute*

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ\*

Universidad de Castilla La Mancha, España

## RESUMEN

El reconocimiento de los derechos colectivos para las personas trabajadoras del servicio doméstico viene dado por el artículo 2.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como por el silencio del Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar que supone la aplicación supletoria de la normativa laboral común, compatible con las peculiaridades de la relación laboral especial, como ya señalaba la legislación anterior en el Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto.

Esta particularidad produce que el ejercicio de derechos colectivos por estas personas sea escaso, no porque el ordenamiento jurídico lo prohíba, que no lo hace, sino porque las dificultades para su ejercicio no han sido resueltas por la norma reglamentaria.

Palabras clave: trabajo doméstico, derechos colectivos, Estatuto de los Trabajadores.

## ABSTRACT

The recognition of collective rights for domestic workers is given by article 2.2 of the Workers' Statute, as well as by the silence of Decree 1620/2011, of November 14, which regulates the employment relationship of a special nature of the family home service, which implies the supplementary application of the common labor regulations, compatible with the peculiarities of the special employment relationship, as already indicated by the previous legislation in Royal Decree 1424 / 1985 of August 1.

This particularity causes that the exercise of collective rights by this group is scarce, not because the legal system prohibits it, which it does not do, but because the difficulties for its exercise have not been resolved by the regulatory norm.

Keywords: domestic work, collective rights, Workers' Statute.

\* **Correspondencia a:** Concepción Sanz Sáez. Rda. Del Parque, 28 bajo A, Ciudad Real, (Castilla La Mancha), España. — [concepcion.sanz@uclm.es](mailto:concepcion.sanz@uclm.es) — <https://orcid.org/0000-0001-9783-9272>

**Cómo citar:** Sanz Sáez, Concepción. (2021). «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores»; *Lan Harremanak*, 45, 138-161. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22805>).

Recibido: 13 mayo, 2021; aceptado: 03 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. El Estatuto de los Trabajadores como punto de partida en el desarrollo infraconstitucional del trabajo doméstico

La Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), si bien unifica la legislación laboral en una norma base y de derecho necesario al tener rango de ley, tiene en la práctica efectos muy significativos, ya que su artículo 2.1 b) regulaba el servicio doméstico como una relación de trabajo de carácter especial<sup>1</sup>, estableciéndose en su Disposición Adicional Segunda, la necesidad de desarrollo reglamentario, pero dicha inclusión no fue efectiva hasta la modificación de dicho Estatuto, y considerarse en el citado artículo 2.1 b), relación laboral de carácter especial la del servicio del hogar familiar, estableciéndose en la disposición adicional primera de la ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del ET<sup>2</sup>, como el Gobierno, en el plazo máximo de doce meses, contados a partir de la entrada en vigor de la referenciada ley, tendría que regular el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en dicho Estatuto.

Aunque el plazo para el Gobierno era de doce meses, hubo que esperar a la llegada de la promulgación del Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, donde se regulaba la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar (en adelante RLESD). Mediante esta norma se daba cumplimiento al mandato del ET, teniendo en cuenta la necesidad de conciliar la equiparación de las condiciones de trabajo de este colectivo al resto de personas trabajadoras y la consideración de las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar.

### 1.1. Las relaciones laborales de carácter especial en nuestro sistema de relaciones laborales

El artículo 2.1 del ET nos revela que están reguladas por su normativa específica con sus propias particularidades, pero el ordenamiento laboral español no nos ofrece una definición exhaustiva de lo que debemos entender por relación laboral especial, obstáculo que salvamos con la incorporación de las aportaciones doctrinales que analizan los criterios que fundamentan la existencia de relacio-

<sup>1</sup> La Ley de Relaciones Laborales 16/1976 de 8 de abril, BOE del 21, introduce por primera vez en el ordenamiento laboral español el concepto de relaciones laborales de carácter especial en su artículo 3.1.a) «Son relaciones laborales de carácter especial...: a) El trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades». Si bien la efectividad de esta inclusión quedó suspendida hasta la promulgación de su normativa específica por Decreto del Gobierno de obligatoria aparición en el plazo de dos años a partir de la publicación de la ley, normativa que nunca llegó a promulgarse.

<sup>2</sup> La DA 1.ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto estableció el carácter especial de la relación de servicio del hogar familiar y su regulación se llevó a cabo, primeramente, mediante el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. En la actualidad, dicha norma ha sido sustituida por el RD 1620/2011 de 14 de noviembre.

nes laborales especiales, como el tipo de actividad o la forma en que se realiza, la cualidad de los sujetos que intervienen en la relación laboral, el lugar donde se realiza la actividad, la atenuación de la subordinación o, la que justifica la especialidad en la existencia en el contrato de una causa mixta, con lo que el legislador pretende proteger otros intereses dignos de tutela junto a los laborales.

La inaplicación del ET a las personas trabajadoras con relación especial, que se desprende de su artículo 2.2 tiene como consecuencia la existencia de regímenes jurídicos diferenciados del que establece la norma estatutaria para la persona trabajadora común, lo que plantea la duda sobre si tal distinción vulnera el derecho a la igualdad establecido en la CE.

La constitucionalidad del tratamiento legal diferenciado ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional, considerando la inexistencia de tratamiento discriminatorio al hallarse su justificación en las especiales características de los trabajos que contemplan, como se desprende de su sentencia 56/1988 de 24 de marzo, donde resuelve que «siempre que ello esté justificado por las características especiales de cada tipo de trabajo» no será contraria al art. 14 de la Constitución.

Ante esta afirmación, no obstante, lo que podemos apreciar en la normativa reglamentaria específica de cada relación laboral especial y de la aplicación del ordenamiento laboral común, es que cuanto mayor aplicación existe de éste, mayor equiparación encontramos entre trabajador/a común y especial y, por tanto, equiparación en la protección siempre que utilicemos como modelo la que prevé el ordenamiento laboral común. Y a la inversa, como es lógico, de la menor aplicación del ordenamiento laboral común se puede inferir una menor protección de la relación especial a la que se le aplica.

Y este alegato, también se alcanza al comprobar cómo doctrinalmente se admite que el régimen de las relaciones especiales es deficitario respecto de las comunes u ordinarias» (Montoya, Galiana, Sempere y Rios, 2000: 32; Ojeda, 1990: 227; Cavas, 1994: 78; Moreno, 1998: 72)<sup>3</sup>, pues aunque esa separación de regímenes jurídicos no vulnere el principio de igualdad, ni se traduzca en discriminación para los colectivos afectados implica la privación de alguna de las garantías reconocidas por la legislación laboral común, lo que comporta un perjuicio para estas personas trabajadoras con un régimen jurídico más desfavorable y menos protector.

---

<sup>3</sup> MONTOYA, GALIANA, SEMPERE y RIOS, consideran que el legislador, más que inspirarse en una razón o fundamento teórico, ha conceptualizado las relaciones laborales especiales con la finalidad práctica de dotarlas de regulaciones distintas a la contenida en el ET y demás normas laborales comunes; OJEDA, las define como «aquellas dotadas de normas específicas y distintas a las de la relación laboral común»; CAVAS, reitera que, a partir de ser calificadas como especiales quedan sujetas a normas específicas, con exclusión, en principio, de la legislación laboral común; MORENO, afirma que «la calificación jurídica de relaciones especiales viene dada fundamentalmente por el establecimiento de un régimen jurídico diverso en las relaciones consideradas especiales frente al régimen jurídico aplicable al contrato común».

Debemos precisar que, dentro de esta pluralidad de criterios doctrinales, existe coincidencia entre los autores en que las relaciones laborales especiales tienen un régimen jurídico diferente del común, pues ése es el resultado de la distinción de especial. De entre estos criterios, podemos destacar, los que califican las relaciones laborales especiales como cauce para el establecimiento de regímenes jurídicos menos favorables que el común, que

no vulneran el principio de igualdad ni se traducen en discriminación para los colectivos afectados, aunque para éstos implique la privación de alguna de las garantías reconocidas por la legislación laboral común (Cavas, 1994;78-79).

También ha sido admitida por la doctrina, que esa desprotección no se fundamenta exclusivamente en las peculiaridades de la relación, sino que es

una fórmula sofisticada de liberalizar con garantías, una manera quizá vergonzante de mantener apartados de la plena laboralidad a colectivos que no obstante se considera merecedores de algún nivel de protección (Ojeda, 1990: 239).

La jurisprudencia también ha subrayado indirectamente esa limitación a la protección de la persona trabajadora sometida a un régimen jurídico especial. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1999 considera que:

...la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva.

La sentencia predica que se debe interpretar de forma restrictiva el régimen de protección especial, ya que la incidencia o especificidad, así como la presencia de otros factores relacionados con la tarea a desempeñar o lugar donde se realiza, no pueden utilizarse como justificación para limitar la protección de estos trabajadores.

Podemos entender, por tanto, que en aquellas relaciones de trabajo en las que, dándose las notas de la laboralidad, por sus especiales características, llevan al legislador a otorgar a estas relaciones laborales, un régimen jurídico distinto del propio de las relaciones comunes, en general, son menos favorables en comparación con éste (García, 2019: 534-557).

Las condiciones de menor protección se dan, por ejemplo, en unos casos, en la extinción del contrato (Benavente, 2019: 534-557), como ocurre con la relación laboral especial del Personal de Alta Dirección o la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar<sup>4</sup>, relaciones en las que el empresario o titular del hogar familiar pueden desistir de la relación laboral sin alegar causa alguna.

---

<sup>4</sup> En el caso de una concreta relación laboral especial, la de servicio del hogar familiar, indica el Tribunal Constitucional que el ET produjo una deslegalización del régimen jurídico aplicable con

En otros supuestos es la duración del contrato, necesariamente temporal, como ocurre en la relación laboral especial de Deportistas Profesionales y en la relación laboral especial de Artistas en Espectáculos Públicos, y en otros casos, el perjuicio va a venir de la imposibilidad de ejercicio de derechos colectivos, como en el caso de la relación laboral especial de los Penados en Talleres Penitenciarios, que no pueden ejercer todos o alguno de los derechos colectivos tal como vienen configurados en el ordenamiento laboral común. Incluso en relaciones laborales especiales en las que existe una mayor protección que la otorgada por el ordenamiento laboral común (Ojeda, 1990: 239), como el supuesto de la relación laboral especial de Minusválidos en Centros Especiales de Empleo (Ojeda, 1988: 152), dirigida a un trabajador «protegido» por una regulación «intervencionista-paternalista», que puede tildarse de indiscriminada (Esteban, 1990: 284)<sup>5</sup>.

Por esta razón, debemos analizar, dentro de la lista abierta que nos ofrece el artículo 2 del ET<sup>6</sup>, y en las fuentes reguladoras de las relaciones laborales especiales, los «criterios de especialidad» y protecciones asociadas a este colectivo y es que la naturaleza de la actividad, el lugar de trabajo, las condiciones de ejecutar la prestación o la organización productiva son criterios válidos, es decir, no existe un concepto unitario de especialidad, son distintas particularidades las que convierten ciertas relaciones laborales en especiales (Montoya, 2000: 10)<sup>7</sup>.

En el supuesto analizado, las especialidades de la regulación de esta relación laboral se han fundamentado en las características estructurales del tipo de trabajo que se lleva a cabo y en el ámbito en que se produce. Su especialidad reside realmente en que se presta para un ámbito «empresarial» especial, esto es en el hogar familiar y para su titular, entendiendo por tal una persona física o grupo de personas, en cuyo ámbito se prestan los servicios, y es cierto que mediante este trabajo se produce la inserción del trabajador en «el círculo de convivencia e intimidad de la familia».

En efecto, la propia Exposición de Motivos del RLESD, reconocía que es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir, el hogar familiar, y la necesidad de que se base en la mutua confianza de las partes, los factores determinantes de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma, ya que ello determina, como hemos adelantado

---

anterioridad, contenido en el artículo 1584 del Código Civil, por lo que no sería de aplicación. STC 26/1984, de 24 de febrero, (BOE de 9 de marzo), F.J. 5.º.

<sup>5</sup> Resalta que, en algunos aspectos, la línea de protección se basa más en la «debilidad sindical» que en sus propias limitaciones.

<sup>6</sup> Artículo 2 del ET: Cláusula abierta según la cual se consideran también relaciones laborales especiales cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado de este modo por una ley.

<sup>7</sup> Afirma que «no ha prosperado la idea de definir la relación especial de trabajo en atención a un criterio único».

en párrafos anteriores, la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, por lo que no podemos olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan, como hemos adelantado, derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar.

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<sup>8</sup>.

## 1.2. Evolución normativa de la Relación laboral especial del servicio del hogar familiar desde su inclusión estatutaria

En un primer análisis, se puede identificar esta relación laboral especial como «la que conciertan el titular del mismo como empleador, y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar»<sup>9</sup>. En este sentido, sus derechos laborales y de seguridad social se desarrollaron con más de cincuenta años de retraso con respecto al de las personas trabajadoras en su conjunto (Panizo, 2013: 5-58), debido a las actividades que implica y a las relaciones que se establecen en su seno.

En esta relación destaca la íntima, forzosa y continuada convivencia en el limitado espacio del hogar familiar de tal forma que la prestación del servicio tiene un componente especial y subjetivo de mayor importancia que el del resultado del trabajo o la cuantía de la retribución. La confianza se convierte en elemento fundamental de la relación de trabajo y en una exigencia del funcionamiento de ésta, pero como se ha puesto de relieve doctrinalmente, la confianza es un elemento esencial para el empleador, pero carece de tal relevancia vital para la persona trabajadora (García, 1987: 1625-1626).

Ante esta situación, y como ya hemos advertido, el RLESD supuso sin duda un avance al considerar el trabajo doméstico como una relación laboral, pero no

<sup>8</sup> Incluso el legislador ha sido consciente de esta diferencia en varias normas, destacando la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, que habla de vida privada como algo distinto a los escritos íntimos en su artículo 7.3. También lo hace la Exposición de Motivos de la antigua Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

<sup>9</sup> Por lo que llegamos a la conclusión, que para ser considerado trabajador por cuenta ajena y estar sometido al ámbito de aplicación del ET, es necesario prestar dicho trabajo bajo las características de voluntariedad, dependencia, ajeneidad y que la relación sea retribuida. STS 19 enero 1987.

obstante, diversos autores lo han caracterizado como un ingreso a «medias» de esta actividad en el área titulada laboral, ya que en última instancia la acaba definiendo como una relación laboral especial que conserva buena parte de los rasgos civilistas «privados» originarios que ha supuesto la ausencia de una verdadera regulación laboral equiparable a la del resto de trabajadores (López Y Toscani, 2006: 7).

Tras las premisas de flexibilidad, buena fe y relación de confianza establecidas en su declaración de intenciones, el RLESD legaliza cuestiones como la ausencia de contrato escrito o de derecho al subsidio del paro, la presunción de temporalidad, el despido libre barato y la incapacidad de los inspectores de trabajo de acceder a este ámbito de trabajo. Además, de manera similar a las interminables jornadas laborales de las trabajadoras domésticas de inicios del siglo xx descritas por Martínez Veiga, el RLESD permitía la existencia de jornadas de más de doce horas sin explicitar su remuneración total (Martínez, 1995: 135).

En general, el RLESD da lugar a una regulación desequilibrada que, sobre la base de las características especiales de la relación (relación personal, de confianza, trabajo llevado a cabo en el círculo de convivencia e intimidad de la familia) y tras el eufemismo de la «autonomía de las partes», acaba dando prevalencia a la posición especial de la parte empleadora frente a los derechos de la persona trabajadora. De esta manera, el RLESD supone en realidad la entrada del trabajo doméstico al ámbito laboral por la «puerta falsa» y «configura a los empleados del hogar como trabajadores, pero sólo a medias» (López Y Toscani, 2006: 9).

De hecho, en ese momento este colectivo se encontraba en un Régimen Especial de la Seguridad Social en el que solo se protegían las contingencias comunes, con independencia de que la enfermedad o el accidente de la persona empleada de hogar tuvieran, respectivamente, carácter laboral, o no lo tuvieran. No obstante, la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, vino a corregir tal situación y, extendió la acción protectora por contingencias profesionales prevista en el Régimen General a los trabajadores incluidos en este Régimen Especial, en los términos y condiciones que se establecieran reglamentariamente<sup>10</sup>. El RD 1596/2011, de 4 de noviembre, procedió al oportuno desarrollo reglamentario en materia de prestaciones, con el objeto de hacer plenamente efectiva la nueva extensión de la acción protectora.

También en relación con el salario en especie en este colectivo ha presentado en el pasado reciente particularidades con respecto al régimen ordinario.

---

<sup>10</sup> La primera modificación se había llevado a cabo por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado para 2011, que añade la disposición quincuagésima tercera a la Ley General de Seguridad Social, por la que se extiende desde el 1 de enero de 2011 la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que hasta entonces estaban privados de ella. El desarrollo de la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de 1994 tendría lugar por el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales.

La norma contenida en el art. 6.2 del RLESD, establecía que en los casos en los que se dieran prestaciones de servicios con derecho a prestaciones en especie como alojamiento y manutención, se podría descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acordasen sin que dicho descuento pudiera superar el porcentaje superior al 45% del salario total. Ello suponía un incremento con respecto al tope total para las remuneraciones en especie que recogía el art. 26 ET, que era un límite del 30%.

En este sentido y por las dificultades para cuantificar dichas percepciones y las prácticas abusivas que dejaban el salario en metálico reducido a cantidades mínimas, aconsejaban una reforma que introdujo la Ley 35/2010 al imponer un límite más rígido a la percepción de prestaciones salariales en especie pues, en ningún caso, incluidas las relaciones laborales especiales, el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional<sup>11</sup>.

Antes de que se aprobase el desarrollo reglamentario sobre la materia, se promulgó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuya disposición adicional 39.<sup>a</sup> ordena la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social mediante un Sistema Especial<sup>12</sup>. Y ha sido con posterioridad a esta última norma cuando se ha dictado el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2012, es decir, cuando este régimen especial ya esté subsistiendo transitoriamente.

En este sentido, reseñar que la integración de los empleados de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social se produce mediante la creación de un sistema especial dentro de éste con efectos a 1 de enero de 2012. No obstante, el Régimen Especial de Empleados de Hogar pervivirá transitoriamente hasta el 1 de julio de 2012, pues durante ese tiempo se seguirán aplicando sus normas hasta que se produzca el trasvase de los trabajadores de uno a otro régimen en los términos y condiciones como hemos adelantado.

<sup>11</sup> Esta es una medida que se ha reflejado expresamente en el art. 8.2 del RD 1620/2011.

<sup>12</sup> El art. 10.1 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 contiene la previsión del establecimiento de regímenes especiales en aquellas actividades profesionales que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar de trabajo o por la índole de sus procesos productivos, se hiciese preciso para una más adecuada aplicación del sistema de protección de la Seguridad Social. Entre estos regímenes se encontraba el de empleados de hogar que, tras la modificación introducida por la Disposición Adicional cuadragésima, de la Ley 27/2011 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social ha quedado integrado en el Régimen General con efectos 1 de enero de 2012.

La creación del Sistema especial adolece, de ciertos déficits, y en particular, en el momento actual, debe criticarse la técnica legislativa, muy poco ortodoxa, porque la creación del Sistema especial y su regulación esencial se contienen en una Disposición Adicional de una ley concebida para reformar las pensiones y contribuir a la viabilidad del Sistema, y no se ha aprobado un desarrollo reglamentario, ni una norma diseñada específicamente para este Sistema especial.

Es a partir de 2011 por tanto cuando nos encontramos con los primeros cambios, y como se había anunciado en la DA 39.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011<sup>13</sup>, se señala que es el relativo a la esfera de las relaciones laborales con la entrada en vigor 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 (en adelante RLESHF), inspirado en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) adoptado por la Conferencia el 16 de junio de 2011 (Convenio 189 y Recomendación 201<sup>14</sup>) «Trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos»<sup>15</sup> que instaura una nueva regulación de esta relación laboral especial<sup>16</sup>, conservando el carácter especial de esta relación laboral, si bien procede a una revisión del RLESD, ya que como hemos anticipado, la doctrina venía demandando su adecuación normativa mediante la mejora en la protección de los derechos reconocidos a este colectivo (Grau, 2019: 47—90).

La adaptación de la normativa se planificó con un calendario que abarcaba de 2012 a 2018, en función de la complejidad de las materias a adaptar. En diciembre de 2012, sin embargo, se produjo una modificación parcial de las reglas de Seguridad Social aplicables a las personas que «prestan servicios en el hogar familiar», fundamentalmente en relación a la afiliación de las trabajadoras por horas y a los tramos de cotización, que entró en vigor en abril de 2013 a través del Real Decreto Ley 29/2012<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta Ley extinguió el Régimen Especial de Empleadas de Hogar para crear un Sistema Especial del Régimen General. El sistema especial de empleados de hogar está regulado en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo XVIII del Título II de la LGSS, aprobada por RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>14</sup> El Convenio núm. 189 entró en vigor el 5 de septiembre de 2013, doce meses después de la fecha de ratificación de dos Estados miembros.

<sup>15</sup> Anteriormente, se hicieron ya varios intentos en la OIT para mejorar las condiciones de los trabajadores y trabajadoras del hogar. El primero fue en 1948, cuando se adoptó una resolución relativa a sus condiciones de empleo. En 1965, se adoptaría una nueva resolución pidiendo una acción normativa en la materia, aunque nunca llegó a implementarse. En 1970 se publicó el primer estudio sobre el estatus de los trabajadores/as del hogar en todo el mundo. Pero no sería sino hasta 2010 cuando se iniciaran las negociaciones para la aprobación de una norma internacional sobre trabajo decente para los trabajadores y trabajadoras del hogar.

<sup>16</sup> El 16 de junio de 2011, la Conferencia Internacional del Trabajo dio un paso histórico en la lucha por la justicia social en todo el mundo al adoptar el Convenio 189 OIT y la Recomendación 201 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

<sup>17</sup> Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejor gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social.

Retomando el RLESHF, su objetivo principal consistía en la equiparación gradual de las prestaciones del trabajo del colectivo doméstico con el resto de personas trabajadoras (LÓPEZ Y TOSCANI, 2012: 67-72), siguiendo como decimos, las recomendaciones de la OIT, ya que nos encontramos con artículos del mencionado Convenio donde se garantizan algunos derechos en conexión, en gran medida, con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como son la libertad de asociación y la libertad sindical de trabajadores y empleadores domésticos y el reconocimiento efectivo de su derecho de negociación colectiva (art. 3.2.a), obligando en particular a los Miembros a la protección del derecho de los trabajadores domésticos y de los empleadores de trabajadores domésticos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y, con la condición de observar los estatutos de estas organizaciones, a afiliarse a las mismas (art. 3.3). Este terreno sindical, hay que ampliarlo con la limitación del trabajador doméstico extranjero a la constitución de sindicatos, aunque por supuesto no existen impedimentos a la afiliación a los ya constituidos (Sanz, 2021: 228).

Sin embargo, esta nueva norma, aunque incluye mejoras, parece quedar solo en propuestas sin resolver, como podemos observar en la DA 2.<sup>a</sup> del RLESHF en la que se establece una revisión en materia de extinción del contrato y sobre la aplicación del sistema de protección por desempleo. A pesar de ello, es este uno de tantos proyectos que se encuentra durmiendo el sueño de los justos. (Llorens, 2020: 174).

## 2. Reconocimiento de los derechos colectivos para el trabajo doméstico remunerado

Cuando hablamos de derechos colectivos en una estructura relacionada con la prestación del trabajo personal, lo habitual es reconocer el término dentro del ámbito colectivo del Derecho del trabajo, y dentro de éste, con las herramientas propias de tutela colectiva reconocidos constitucionalmente a quien presta su trabajo retribuido por cuenta de otro: el derecho de libertad sindical, reconocido en el art. 28.1 de nuestra Constitución española de 1978 (en adelante CE) que, junto con la negociación colectiva y la huelga, constituyen

los tres elementos medulares del fenómeno colectivo protagonizado por la clase trabajadora desde el comienzo de su actuación social como tal en defensa de sus propios intereses (Alarcón, 1995:57).

Considerándose efectivamente como mecanismos colectivos que, si bien aparecieron en un contexto histórico, social, político y económico determinado, ante la necesidad de proporcionar amparo a la parte objetivamente más frágil de

la relación laboral, como es la persona trabajadora. Siguen siendo hoy día, por esencia, instrumentos de tutela colectiva de la clase trabajadora, reconocidos, como hemos anticipado ya, por el artículo 2.2 del ET, así como por el silencio del RLESHF que supone la aplicación supletoria de la normativa laboral común, compatible con las peculiaridades de la relación laboral especial.

Ante esta situación el RLESHF continúa, como la legislación anterior, sin hacer ninguna referencia a los derechos colectivos de estas trabajadoras, ni los prohíbe, ni los reconoce, ni los regula, lo que supone, en ciertos casos un alto grado de dificultad que roza la imposibilidad de su ejercicio por las peculiaridades que se dan en esta relación especial que radican en la singularidad del lugar de trabajo (hogar familiar) y en otras dos características sustanciales: la necesaria e imprescindible convivencia y cercanía entre la parte trabajadora y la empleadora, unidas a una dirección y medidas de control muy estrechas por parte de esta última, que siempre ha de ser persona física.

Por esta razón, hubiese sido acertado facilitar, no sólo permitir, el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador dentro del hogar familiar (Pedrajas, 1992: 64-65), sin alterar su funcionamiento en el ámbito que se trata de ejercitar, con la interpretación más favorable a dichos derechos (Fernández, 1985: 65), buscando como realizar ese ajuste entre los derechos del trabajador doméstico y los del titular del hogar familiar siendo extensivo a quienes conviven en el mismo.

Por ese motivo, debería ser tarea de las normas que regulan los derechos del trabajador, algunas de ellas orgánicas por el carácter de fundamentales de los mismos (Quesada, 1991: 101), siendo más necesaria en la relación laboral especial de trabajadores al servicio del hogar familiar porque en ella se dan una serie de circunstancias del lado de la parte trabajadora que no existen entre otras con relación especial. Tengamos en cuenta un dato importante como es el aislamiento en que se produce el trabajo al servicio del hogar familiar. En muchos casos existe una única trabajadora doméstica en el hogar familiar, y, en muchas ocasiones también, su actividad se realiza sola, sin compañía de quienes conviven en el hogar familiar<sup>18</sup>.

A las mencionadas dificultades debemos unir, la posible colisión de derechos que se pueden dar entre la parte empleadora y la empleada por la confianza que tiene que darse en la relación laboral. Pero ante esto, entendemos que, si para solucionar este último supuesto el RLESHF ofrece a la persona emplea-

---

<sup>18</sup> Puntualizar que en la actualidad existen organizaciones sindicales de rama que representan los intereses del colectivo como el Sindicato Independiente de Trabajadoras del Hogar y los Cuidados SINDIHOGAR/SINDILLAR, creado en Barcelona en 2011; o más recientemente, en enero de 2021, el Sindicato de Trabajadoras de Hogar y Cuidados, SINTRAHOCU, organización sindical de ámbito estatal,

dor la posibilidad de desistir de la relación especial, como ya venía permitiendo la regulación anterior, el ordenamiento jurídico debería potenciar el ejercicio de la autonomía colectiva de estos trabajadores para equilibrar la situación de desigualdad (Fernández, 1985: 64).

A pesar de ello, es evidente que la persona trabajadora doméstica puede acudir a la Jurisdicción Social para resolver los conflictos derivados del incumplimiento de la normativa laboral (Quesada, 1991: 100). Pero en el caso de esta relación laboral especial basada en la mutua confianza entre las partes, con las diferencias apuntadas anteriormente entre empleador y trabajador, que tiene en el desistimiento del empleador una de sus manifestaciones más características<sup>19</sup>, es fácil pensar en la utilización de este que hará el empleador, al haber «*defraudado*» esa confianza la reclamación del trabajador (García, 1987: 1630)<sup>20</sup>.

### 2.1. Algunas consideraciones sobre la libertad sindical del servicio doméstico

La realidad constata que es un colectivo con un bajo nivel de afiliación (SALA, 1986: 315), debido, entre otros factores, a la feminización y aislamiento en que se realiza la actividad (García, 1987: 1628)<sup>21</sup>. Nada impide, sin embargo, la afiliación a sindicatos ya constituidos o la constitución de sindicatos específicos para personas trabajadoras domésticas. No obstante, en el terreno sindical, hay que sumar la limitación de la trabajadora doméstica extranjera a la constitución de sindicatos, aunque por supuesto no existen impedimentos de afiliación a los ya constituidos<sup>22</sup>.

De lo anterior deducimos, que no deben existir obstáculos para que la trabajadora afiliada pueda ejercer sus derechos sindicales en el interior del hogar familiar, ya que no supone atentar a la intimidad familiar, que estas trabajadoras constituyan secciones sindicales en su lugar de trabajo, ni que se reúnan las afiliadas a un sindicato, así como a que reciban información del mismo. La realidad, sin embargo, imposibilita el ejercicio de tales derechos, por el número de

<sup>19</sup> En este supuesto, la parte empleadora abonará a la trabajadora una indemnización de doce días por cada año trabajado con el límite de nueve mensualidades. Además, se deberá de realizar un preaviso de 20 días en caso de que la relación laboral supere el año de duración, o de siete días en caso contrario. Si el preaviso no se cumple, se deberá de abonar un día de salario por cada día de ausencia de preaviso. La indemnización debe abonarse en el momento que se comunica la extinción de la relación laboral en metálico.

<sup>20</sup> Así lo manifiesta García López, en el caso del despido al afirmar que «el deterioro inicial de la confianza generadora del acto de despido se verá agravada con la impugnación del trabajador, el planteamiento del proceso y el resultado del mismo».

<sup>21</sup> Utilizaremos el femenino para aludir a los trabajadores y trabajadoras del trabajo doméstico, por ser la presencia de estas últimas más relevante desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo.

<sup>22</sup> Siempre que se cuenten con autorización de estancia o residencia en España, requisito previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 12 de enero), modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre).

trabajadoras domésticas en un hogar familiar, en la mayoría de los casos una, con un número tan reducido se frena su ejercicio, sobre todo, aquellos que tienen su razón de ser en que sea colectivo.

Sí podría entenderse como atentado a la intimidad del hogar, la asistencia y acceso de los cargos electivos de los sindicatos más representativos para realizar actividades del sindicato o de los trabajadores, según establece el artículo 9.1.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, pero en todo caso, consideramos que deberán establecerse las mismas prevenciones que el RLESHF fija para la actuación de control del cumplimiento del ordenamiento laboral y de Seguridad Social por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la medida en que el representante se convierte en «una especie de inspector sindical» (Albiol, 1990: 122).

No obstante, como para la existencia de representantes en el lugar de trabajo se exige, un número mínimo de diez personas trabajadoras, cosa por otro lado poco probable en la mayoría de hogares familiares (Navarro, 1993: 24), y aun no existiendo una excepción a esta regla general en la que permite que en los centros de trabajo que cuenten entre seis y diez personas trabajadoras, puedan éstas decidir por mayoría elegir un delegado/a de personal que les represente, incluso con esta reducción legal, no facilita la escasa posibilidad de elección de representante, pues sigue siendo excesivo el número de trabajadoras necesario para contar con representación en el ámbito del hogar familiar, incluso con dicha reducción.

Para conseguir sus objetivos se utiliza «una configuración que pautе las formas de reivindicación, en este caso, se seleccionan las formas de acción política convencional» (Valles, 2007: 291), en concreto, las asociaciones<sup>23</sup>, agrupaciones formalizadas a través del alta en el Registro de Asociaciones (Ministerio del Interior), y voluntarias, que «trabajan de forma cooperativa en busca de un objetivo común» (Ariño, 2004: 85-110). Pero para lograr la equiparación de derechos con el resto de las personas trabajadoras, sería necesario, plantearse la necesidad de un desarrollo del trabajo político para evitar los obstáculos con los que se encuentran para la sindicalización (Blasco, 2019: 411-419).

Otro inconveniente en este colectivo relacionado con la libertad sindical es el de la inexistencia de organizaciones patronales de personas empleadoras del hogar familiar, ya que en cuanto sujetos del sistema de relaciones laborales, tienen reconocidos medios colectivos de organización y de negociación, no siendo

---

<sup>23</sup> Las organizaciones y asociaciones de trabajadores/as del hogar han consagrado años de dedicación y lucha para conseguir el reconocimiento legal y el respeto por su trabajo. Han estado haciendo campaña durante años para erradicar la explotación y los abusos. Por tanto, aunque sin legitimación para negociar convenios colectivos indicar que existen asociaciones como ATH-ELE (Asociación de Trabajadoras del Hogar de Bizkaia) o como SEDOAC (Servicio Doméstico Activo).

titulares de la libertad sindical: el derecho a constituir organizaciones empresariales, así como asociarse a las mismas «específicamente reconocidos a nivel de legalidad ordinaria» (Monereo, 2002: 625-697).

Estas organizaciones tienen también el mismo reconocimiento constitucional que los sindicatos, desde la óptica de la función que deben desarrollar de defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios (art. 7 CE). Igualmente, los empresarios y sus organizaciones tienen reconocidos los derechos de negociación colectiva laboral y de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE 55).

Desde una perspectiva formal, en principio, no habría inconveniente legal a que se creasen asociaciones patronales específicas para la defensa de sus intereses, incluso podrían ser sustituidas por otro tipo de asociación que no fuese en puridad una asociación empresarial vinculada a los arts. 7 y 22 CE, caracterizada en exclusividad por el campo en que aquéllas actúan, y en los medios de acción que el ordenamiento coloca a su disposición, cuales son la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el diálogo social y la participación institucional en los organismos públicos de las Administraciones laborales. Tampoco sería insalvable el aparente conflicto en el supuesto de que en una misma persona concorra la cualidad de afiliado a un sindicato y a una patronal en calidad, respectivamente, de trabajador y empleador en el ámbito del hogar familiar. Nuevamente, los inconvenientes son otros: su inexistencia y su carácter insustituible.

## 2.2. Consideraciones generales sobre la negociación colectiva en esta relación laboral especial

Como el resto de los derechos colectivos también el contenido en el artículo 37.1 de la C.E., a la negociación colectiva, es aplicable a esta relación laboral. Pero al no adecuarse la normativa de éste derecho a las peculiaridades de esta relación laboral especial, ya que apenas se hace referencia al convenio colectivo ni a su «eficacia vinculante», ni mucho menos se regula el propio derecho a la negociación colectiva en el colectivo, ni tampoco derechos de representación, dificultan la práctica de éste derecho, cuando sería importante para equilibrar a las partes de la relación, pasando a la mejora colectiva de intereses y dejando de lado el carácter esencialmente contractual de la relación (Quesada, 1991: 103).

De este modo, y examinando el sistema de fuentes del art. 3 del RLESHF, se podría presumir de forma apresurada el alcance del convenio colectivo en la regulación de las obligaciones y derechos de esta relación laboral especial (Cordero, 2014: 54-63). Así, el art. 3.c) reconoce formalmente entre sus fuentes reguladoras al convenio colectivo, además, el apartado b) del mismo artículo, admite entre las fuentes de la relación laboral, con carácter supletorio en aquello que sea compatible, la normativa laboral común y el 3.d) declara al contrato de

trabajo como fuente de las condiciones de trabajo, siempre con respeto a las leyes y al convenio colectivo, por lo que no parece que se evidencien diferencias esenciales entre este artículo y el 3.1 del ET.

Por otra parte, también el art. 7 del RLESHF reconoce a las trabajadoras del servicio del hogar familiar los derechos y deberes laborales establecidos en el mismo y en los arts. 4 y 5 del ET. Es más, el art. 2.2 del ET, ya dispone que la regulación de las relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución. Concretamente, la remisión del art. 7 del RLESHF al art. 4.1 del ET, supone el expreso reconocimiento de los derechos básicos de las personas trabajadoras, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa: entre otros, los derechos de libre sindicación, negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo, huelga, reunión, e información, consulta y participación.

Destaca sin embargo que, a diferencia del ET, plagado de remisiones a la negociación colectiva, en el RLESHF, las referencias al convenio colectivo son realmente escasas y se limitan específicamente al período de prueba (art. 6.2) y a la retribución (art. 8.1 y 3). Y aunque pueda significar que subsista con ello una limitación para la negociación colectiva de esta relación laboral especial, es cierto que queda patente una diferenciación formal respecto del tratamiento de la negociación colectiva en el precedente RLESD, ya que éste no reconocía expresamente el convenio colectivo como fuente, así como tampoco la aplicación del art. 4 del ET, deduciéndose tan sólo su posibilidad de la referencia del art. 6. Uno sobre retribuciones, a la posible mejora del salario mínimo interprofesional a través de pacto individual o colectivo, y a la Disposición Adicional que declaraba como supletoria la regulación laboral común en lo que fuese compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación.

Es evidente que el convenio colectivo es fuente reguladora de esta relación especial, por tanto, cuando el RLESHF, se remite explícita o implícitamente al pacto entre las partes sin expresa referencia al convenio colectivo, podemos entender que está permitiendo que esté por encima del mismo, por lo que será necesario concretar respecto a qué condiciones de trabajo se refiere y siempre que se encuentre bajo el filtro de la compatibilidad del ET con su normativa específica.

Recordemos, como ha declarado el Tribunal Supremo precisamente en un contexto tradicionalmente muy reductivo de las capacidades reguladoras de la negociación colectiva cual es el de las modalidades contractuales, que la negociación colectiva no necesita en estricto de una autorización para intervenir en un determinado ámbito material, pues nuestro sistema de negociación colectiva no está basado en la previa apertura legal de las materias que pueden abordarse. Por el contrario, los artículos 37 CE y 85 ET, en concordancia con numerosos textos internacionales, abocan a una libertad de contenidos solo limitada por las prohibiciones y presidida por la jerarquía normativa. Por consiguiente,

sin contrariar la literalidad o la finalidad de la regulación heterónoma, la negociación colectiva puede desarrollar o clarificar el alcance, adoptar cautelas para que se cumplan los mandatos normativos... incluso en el marco de las modalidades contractuales en ausencia de remisión específica.

Ante esta situación, podrían mejorarse los mínimos reconocidos por el RLESHF mediante la negociación entre las partes, reforzándose por la negociación colectiva propia del sector, pero para eso el RLESHF debe prever las posibles dificultades que se den a la hora de negociar convenios colectivos. Para ello, este colectivo, debe tener una regulación suficiente o posibilitar la extensión a convenios afines, pero como ya hemos expuesto en el epígrafe anterior, nos encontramos con un problema aún más grave, la falta de la parte empresarial para negociar, dada la inexistencia de asociaciones de titulares del hogar familiar.

En cuanto a esta inexistencia, tras la reforma de los arts. 87.3.c) y 88.2 ET por el RDL. 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y pese a la breve duración de esta norma, por la casi inmediata reforma por obra del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (posteriormente convalidado como Ley 3/2012, con algunos cambios), las reglas de legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios quedaron inalteradas, si bien en un contexto normativo diferente al haber cambiado el resto de las «piezas» del sistema legal de negociación colectiva (Olarte, 2013: 483-508), desafiando por tanto a la superación de la imposibilidad de su negociación por inexistencia de asociaciones patronales suficientemente representativas en la unidad de negociación.

Ante esta situación, el problema a resolver no sería tanto la falta de representatividad, reparable con la referida modificación normativa, sino más bien, de un problema de falta de constitución y existencia real del sujeto colectivo en dicho ámbito específico y tan particular de actividad. En tal caso, más que hablar de representatividad, estaríamos ante la imposibilidad de representación, de negociar más allá del ámbito de la asociación y de afección de los derechos de terceros ajenos a la misma (Benavente, 2021: 534-557).

Ligada a la negociación, pero como una característica diferente está la falta de definición de las funciones laborales. La configuración de esta relación laboral especial es imprecisa al no definir las tareas y no diferenciar entre limpieza y cuidados (Carransco, Bordería Y Torns, 2011: 143), quedando a disposición del titular del hogar familiar. Esto puede predisponer al aumento del trabajo, imposibilitando la cuantificación de sus límites. La intensificación del trabajo debe consistir en el «incremento de las funciones y tareas por trabajador/a en el marco de una jornada laboral y una remuneración económica prefijadas al incremento» (Castillo, 1998: 43).

Todo ello, porque el tiempo de trabajo es un elemento que estructura las condiciones laborales de las personas, establece su dedicación y la organización

y distribución de sus tiempos de trabajo, por lo que tienen importantes consecuencias en la salud, la conciliación de la vida personal y laboral y condiciones de vida de estas trabajadoras, por lo que siempre ha sido uno de los objetivos de la negociación colectiva.

Convenimos sin duda, en la dificultad de aplicar a este colectivo, sin ninguna adaptación normativa, la regulación establecida con carácter general sobre libertad sindical, así como la dificultad en la práctica, de la negociación colectiva en una relación laboral con una tendencia marcadamente individualizada, lo que nos permite comprender algunas de las causas de que no haya ningún convenio colectivo de sector estatal, autonómico o provincial aplicable a este colectivo. Y es aquí donde se echa en falta la política proactiva que se exige en el Convenio 189 de la OIT (arts. 3.2.a) y 3.3) y en la Recomendación 201 de la OIT (disposición 2).

Y es que este Convenio asume que al igual que para el resto de las personas trabajadoras, su representación colectiva debe formar parte de un pilar fundamental en la defensa de sus intereses y en la integración de su normativa específica. En este sentido, recuerda el Convenio que

los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo se aplican a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores domésticos, a menos que se disponga otra cosa.

Es más, cuando la regulación general necesite ser completada por normas específicas con el objeto de que las trabajadoras domésticas» puedan ejercer plenamente sus derechos», esa intrusión normativa se hará consultando anteriormente

con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan<sup>24</sup>.

El papel de la autonomía colectiva en esta relación laboral especial, por consiguiente, puede ayudar a completar la visión social de la sostenibilidad, del mismo modo que la regulación convencional del servicio doméstico es imprescindible para conocer sus derechos (Menendez, 2020: 33-58).

### 2.3. El derecho de huelga como sistema de reacción

El Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, supuso una etapa importante en la evolución histórica

---

<sup>24</sup> Arts. 2.2 —exclusiones subjetivas—, art. 13.2 —seguridad y salud en el trabajo—, art. 14 —protección de Seguridad Social, incluida la maternidad—, 15.2 —abusos de las agencias privadas de empleo y en la contratación, colocación y el empleo—, art. 18 —cláusula general de aplicación del convenio mediante extensión, adaptación o establecimiento de medidas específicas para el sector—

de la legislación laboral, en cuanto que consagro la legitimidad del recurso a la huelga, siempre que se observaran los requisitos de fondo y de forma que el propio texto legal contenía.

Este derecho fundamental es un pilar básico en el sistema constitucional y en las relaciones laborales. Las nuevas formas de organización empresarial, como los grupos de empresas, así como la introducción y la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la producción y organización empresarial han incitado a que se endurezca el derecho a la huelga como herramienta fundamental de las personas trabajadoras para la defensa de sus derechos en una sociedad globalizada y tecnológica.

El derecho de huelga es, sin duda, la herramienta de acción sindical más importante de la que disponemos las personas trabajadoras reconocido constitucionalmente y recogido en el apartado número 2 del artículo 28 de la Constitución Española: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses»<sup>25</sup>. No solo por la influencia que se ejerce a la empresa a fin de obtener un desenlace determinado, sino también por la consecuencia que ésta tiene en la sociedad (Mercader, 2001: 12).

El derecho de huelga, estamos al corriente, que se confía a los trabajadores en general, es decir, en razón de su posición social cualificada por su pertenencia en tanto prestadores de servicios para otro, en una situación de subordinación o de dependencia sea cual fuera la forma con arreglo a la cual se presente en la regulación jurídica específica. Trabajador o trabajadora como categoría general no necesariamente ligada a una relación contractual, a una relación de servicio o a la pertenencia a una empresa en concreto o a una dependencia administrativa.

Las razones por ende de la especialidad de esta relación laboral, que como hemos reiterado, consisten fundamentalmente en el lugar de desempeño del trabajo y en la consiguiente conexión con los derechos fundamentales de la parte empleadora, como son la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad personal y familiar, podrían justificar limitaciones del ejercicio de algunos derechos colectivos, como puedan ser el derecho de huelga, o los derechos de información, que de extenderse a esta relación podrían quebrantar el derecho a la intimidad de la parte empleadora.

---

<sup>25</sup> El derecho a huelga viene regulado en el artículo 28.2 de la Constitución española y desarrollado por el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, pero no aparece definido por ninguna de las dos normas, por ello el Tribunal Constitucional es su sentencia n.º 11/1981, de 8 de abril de 1981 define la huelga como «una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos, cuyo contenido esencial es la cesación del trabajo en la relación contractual.»

Recapitulando, las empleadas del hogar claro que tienen derecho al ejercicio del derecho a la huelga, pero al tratarse de un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, significa que para que una huelga sea efectiva, hará falta el consenso del resto de personas trabajadoras, aquí encontramos el primer obstáculo para el colectivo del trabajo doméstico, ya que una huelga de una persona no es legal y se vería como un incumplimiento del contrato.

Y es que el ejercicio del derecho de huelga, como medida de fuerza que supone la paralización del trabajo, produciría desconfianza entre las partes, haciendo desistir de la relación laboral al empleador sin necesidad de justificación alguna (Nieto, 2019: 397-410), al tratarse de un régimen laboral especial, la relación se basa en la confianza teniendo la parte empleadora el poder de romper la relación sin dar ningún motivo (desistimiento) o simplemente utilizando como justificación el incumplimiento de contrato como hemos advertido ya, por lo que no lo ponen en práctica estas mujeres trabajadoras.

Y en el supuesto de que reclame contra el desistimiento del empresario que, no debemos olvidar, es el instrumento que se le ofrece para romper una relación laboral cuando existe esa pérdida de confianza sin necesidad de tener que probarla, tal desistimiento podría calificarse como nulo por contravenir el derecho fundamental de huelga, ya que como consecuencia del ejercicio del mismo no puede haber sanción por parte del empleador, así lo establece el Artículo 6 del Real Decreto Ley 4 de marzo de 1977, según el cual

el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.

Pero en caso que nos ocupa, si se declarase la nulidad del desistimiento la relación laboral tendría que continuar, con lo que aumentaría la pérdida de confianza mutua, característica de esta relación especial, forzándose una convivencia definida como «*infierno sartriano*» (Pedrajas, 1992: 183).

#### 2.4. La exclusión de la protección del Fondo de Garantía Salarial

Otra gran diferencia con el resto de personas trabajadoras, es estar excluida la relación especial doméstica de la cotización y protección a cargo del Fondo de Garantía salarial (en adelante FOGASA), que como sabemos es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, que se financia con fondos públicos y con aportaciones empresariales, y es el pagador de los salarios e indemnizaciones de las personas trabajadoras, ante la insolvencia de la empresa ya sea por causa de despido, de extinción de la relación laboral, o por impago de salarios, pendientes de ser abonados a causa de insolvencia o concurso de acreedores del empresario. Del mismo modo, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación ju-

dicial o resolución administrativa a favor de las personas trabajadoras a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 del ET.

El Gobierno es el encargado de fijar el tipo de cotización sobre los salarios que sirven de base para el cálculo de la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el sistema de la Seguridad Social. No obstante, en este Sistema Especial la cotización se limita a los conceptos de contingencias comunes y profesionales, sin que el proceso de convergencia con el Sistema General avanzara en este punto; de manera que no se prevé la cotización para este colectivo por los conceptos de recaudación conjunta, como la formación profesional, quedando excluido del catálogo de prestaciones el desempleo. Del mismo modo que tampoco se les extiende la acción protectora del FOGASA.

La exclusión de la cotización por parte de la persona empleadora de la protección a cargo del FOGASA es conforme a la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (80/987/CEE, DO L 283, de 28 de octubre de 1980), que en su Anexo (modificado por la Directiva del Consejo de 2 de marzo de 1987, 87/164/CEE, DO L 66, de 11 de marzo de 1987) señala a los «domésticos al servicio de una persona física» de nuestro país como categoría de trabajadores asalariados que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral de carácter particular «cuyos créditos pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva».

Del mismo modo, en el art. 3 del RLESHF, se dispone como hemos indicado ya, que los derechos y obligaciones que conciernen a esta relación laboral de carácter especial se regularán, por las disposiciones contempladas en el ET con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación. Por tanto, expresamente no será de aplicación el artículo 33 del ET que viene a regular el FOGASA y que no será de aplicación en esta relación especial.

De esta forma, en lo concerniente al mismo, la nueva norma no introduce ningún tipo de mejora, por lo que en este ámbito no se produce ningún tipo de acercamiento con las relaciones laborales del régimen general, volviendo a quedar fuera del alcance del ámbito doméstico el acceso a estas prestaciones.

Por lo tanto, la trabajadora dedicada al servicio doméstico no puede reclamar la percepción de las cantidades salariales adeudadas ante el FOGASA, vulnerando esta excepción el art. 16 del Convenio 189 OIT (no ratificado por España), en el que se establece que los países miembros deberían adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no

sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador.

### 3. Reflexiones finales

En la sociedad actual, el trabajo doméstico resulta esencial para el funcionamiento productivo de nuestra economía, por lo que no se entiende que la invisibilidad, la precariedad, la irregularidad y la desprotección social de este trabajo sean características que afecta a este colectivo, altamente «feminizado».

La inclusión de las empleadas de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social supone un avance importante en materia de protección social, con un progresivo acercamiento a la protección dispensada por este Régimen al resto de personas trabajadoras, lo que sin duda era necesario. Sin embargo, hay que seguir avanzando para lograr la equiparación plena con el resto de trabajadores/as por cuenta ajena ya que desde que se creó en 2012 sigue teniendo características propias que lo diferencian del Régimen General, con el que debía haberse equiparado plenamente el 1 de enero de 2019.

El reconocimiento de los derechos colectivos en la relación laboral especial del hogar familiar plantea fundamentalmente una cuestión de límites y en su caso de adaptación, en principio, a través de su normativa específica. No obstante, la inexistencia o, como mucho, la marginalidad, es la tónica general del tratamiento de los derechos colectivos en la regulación de las relaciones laborales especiales. Tal es así, que el RLESHF, no tiene ni una sola mención o tratamiento mínimo adaptativo ni de la representación unitaria, ni de la actividad sindical en la empresa, ni de los derechos de huelga, negociación colectiva y conflicto.

Efectivamente, parece que el RLESHF deja poca oportunidad a la negociación colectiva, cuando el régimen jurídico de esta relación laboral permite identificar espacios innegablemente abiertos a la negociación colectiva, como puedan ser la incorporación del régimen jurídico del desistimiento indemnizado de la persona trabajadora, o la integridad de la relación laboral, como son las tareas y la clasificación profesional, la jornada y el horario, retribuciones, permisos y licencias, la prevención de riesgos laborales, la prevención del acoso sexual, acoso por razón de sexo, el *mobbing*, la conciliación familiar entre otros.

La fuerza y el poder de los trabajadores/as del hogar para negociar unas condiciones de trabajo decente dependen en última instancia de su capacidad para organizarse y participar en acciones colectivas, pero los convenios colectivos en

este ámbito carecen de relevancia ya que las trabajadoras están escasamente sindicadas y no existen asociaciones empresariales específicas pues, en realidad, el empleador no es un empresario mercantil, sino el titular de un hogar familiar, es por ello que este colectivo carece de sujetos legitimados para negociar convenios colectivos, lo que contribuye a que se sigan produciendo, en el ámbito del hogar familiar, distintas situaciones de abusos y precariedad.

El derecho de huelga sigue siendo el instrumento de presión más importante con el que cuentan las personas trabajadoras en situaciones de conflicto. En realidad, no existe una Ley de Huelga y, por tanto, es necesario acudir a la normativa laboral básica también en el caso de este colectivo, ajustándose a las normas del régimen general como eje de normativa laboral básica. Efectivamente, el derecho de huelga existe y pueden hacer uso de él las trabajadoras domésticas, pero la realidad ante la que nos encontramos es que la parte empleadora, sin la necesidad de indicar una causa, puede extinguir la relación laboral sin justificar.

El RLESHF considera, como hemos indicado, norma supletoria al ET, siempre que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral. Sin embargo, este Real Decreto excluye expresamente la aplicación del artículo 33 ET, por tanto, las empleadas de hogar no poseen las garantías que concede el FOGASA en caso de impago de salarios o indemnizaciones por insolvencia o concurso del empresario.

La lectura de la finalidad en el preámbulo del RLESHF, revela la influencia del Convenio 189 de la OIT adoptado por la Conferencia el 16 de junio de 2011, tan solo unos meses antes, por lo que supone que dicho Convenio, así como su Recomendación ya citados, son medidas de corte internacional destinada a mejorar las condiciones laborales de millones de trabajadores del sector. Supone un paso más en *pos* de la dignificación de las condiciones de trabajo de unos colectivos que arrojan unas cifras llamativas en cuestión de derechos laborales. Por lo que, sin duda alguna, la ratificación por España del Convenio 189 OIT, 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 y su efectiva implementación, ya que hasta hoy, poco se ha hecho a pesar de que es un sector que desde hace tiempo está haciendo un trabajo importante y necesario para la sociedad.

En cualquier caso, consideramos que para que aflore el empleo sumergido en el sector, no es suficiente con hacer modificaciones normativas, sino que es necesario cambiar la visión que todos los implicados tenemos respecto del trabajo doméstico, y tomar conciencia de que nos encontramos ante un trabajador por cuenta ajena, con sus derechos y obligaciones.

#### 4. Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (1995), «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», *La reforma de la negociación colectiva*, coords. M. R. Alarcón/S. del Rey, Marcial Pons, Madrid.
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio (1990), *El sindicato en la empresa*. Ed. Deusto,
- ARIÑO VILLARROLLA, Antonio (2004), «Asociacionismo, ciudadanía y bienestar social», *Revista de sociología*, N. 74.
- BENAVENTE TORRES, Inmaculada (2021). Dificultades para la negociación colectiva en el ámbito de la relación laboral especial del trabajo al servicio del hogar familiar. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1).
- BENAVENTE TORRES, Inmaculada. (2019), «Un aspecto jurídicamente problemático: la extinción de la relación laboral», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2.
- BLASCO MARTÍN, Elena (2019), «Contribución especial: pequeño cuestionario para la acción sindical en el sector del trabajo doméstico», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2.
- CARRASCO, Cristina, BORDERÍAS, Cristina y TORNOS, Teresa (2011). «El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas». *Reis* n.º140.
- CASTILLO ALONSO, Juan José (1998), *A la búsqueda del trabajo perdido*. Tecnos.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (1994), «Diversificación versus uniformidad en el Derecho Español del Trabajo», *REDT*, núm. 63.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa (2014), *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Francisca (1985) «Libertad ideológica y prestación de servicios», *RL* núm. 7
- GARCÍA LÓPEZ, Rafael, «Extinción del contrato del empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor», *AL*, 1987, tomo II.
- GARCÍA TESTAL, Elena (2019), «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España: un régimen jurídico injustificadamente diferenciado», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2.
- 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.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel (2012), *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, Albacete.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel (2006), *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma*. Bomarzo, Albacete.
- LLORENS ESPADA, Julen (2020), «La extinción del contrato de trabajo doméstico: despido y desistimiento» en *Reflexiones sobre el empleo doméstico: De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*. Gobierno Vasco. Bilbao.
- MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo José (1995), *Mujer, trabajo y domicilio*. Icaria. Barcelona.
- MENÉNDEZ CALVO, Remedios (2020), «Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos». *Reflexiones sobre el empleo doméstico: De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*. Gobierno Vasco. Bilbao.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (2001), «Derechos fundamentales de los Trabajadores y nuevas tecnologías ¿Hacia una empresa panóptica?». *Relaciones Laborales*, núm. 10.
- MONEREO PÉREZ, José Luis (2002), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús María, SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RIOS SALMERÓN, Bartolomé (2000), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona.
- MORENO VIDA, María Nieves (1998), «Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada.
- NAVARRO NIETO, Federico (1993), *La representatividad sindical*, MTSS, Madrid.
- 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, núm. 2.
- OLARTE ENCABO, Sofia (2013) «Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco de cambio de modelo». *Temas Laborales* núm. 120/2013.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (1988), «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, tomo I.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (1990), «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones Laborales*, tomo I.
- PANIZO ROBLES, José Antonio (2013), «La cobertura sociolaboral de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar». *Informe para el Proyecto Promoting Integration of Migrant Domestic Workers in Europe*. Madrid.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón (1992), *Despido y derechos fundamentales Estudio especial de la presunción de inocencia*. Trotta.
- QUESADA SEGURA, Rosa (1991), *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid.
- SALA FRANCO, Tomás (1986), «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico», *RL*, Tomo I.
- SANZ SÁEZ, Concepción (2021), «Derechos colectivos y empleadas del hogar: reformas jurídicas inaplazables para un trabajo decente del trabajo doméstico en España». Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo (2019. Sevilla) *Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias del Trabajo* otros (aut.), Judith Carreras Garcia (comp.), Sabrina Haboba (comp.), Julieta Lobato (comp.), Vol. 1.
- VALLÉS, Josep María (2007), *Ciencia política; Una introducción*, Ariel.

## EL DEBILITAMIENTO DE LA FUERZA SINDICAL EN LA SOCIEDAD 4.0

*The weakening of trade union strength in society 4.0*

PRISCILA MARTÍN VALES\*

Abogada; Universidad de Salamanca, España

### RESUMEN

El uso de las TICs, la descentralización productiva y la globalización, entre otros factores, han conllevado al surgimiento de nuevas formas económicas y, por ende, de relaciones laborales. Llevando aparejado una disminución de efectividad de la acción colectiva en las empresas red y en mayor medida, en aquellas en las que se vislumbran tintes de transnacionalidad. Al igual que ha evolucionado las relaciones laborales, ha de evolucionar la normativa aplicable y, tanto los requisitos, como las formas de realizar la acción colectiva. En virtud de lo cual, es necesaria una reforma o relectura de los Títulos II y III ET, con la finalidad de paliar las limitaciones o deficiencias de aplicación de la acción colectiva en las empresas red, a través de cualquiera de sus formas; subcontratación, unión temporal de empresas, empresas multiservicios, a través de plataformas digitales, entre otras.

Palabras clave: empresas red, acción colectiva, multiservicios, unión temporal de empresas, plataformas digitales.

### ABSTRACT

*The use of ICTs, outsourcing and globalisation, among other factors, have entailed the risen-up of new economic models, and thus employment law. This is accompanied by a decrease in the effectiveness of the RED-companies' joint action, particularly for those who detect a hint of transnationality. Employment law must evolve in the same way that professional relationships did. And, with it, the current applicable normative, requirements, and ways of establishing joint action will be expanded. A reform and/or review of II and III ET qualifications is required as a result of the latter being placed in context. This is required to alleviate the limitations and lack of implementation of the joint action of the RED-companies. This includes, among other things, subcontracting, company temporal alliances, and multi-service business via digital platforms.*

*Keywords: network companies, collective action, multi-services, temporary union of companies, digital platforms.*

\* **Correspondencia a:** Priscila Martín Vales. Paseo Francisco Tomás y Valiente, s/n, 37007 Salamanca, España. — [priscilamv@usal.es](mailto:priscilamv@usal.es) — <https://orcid.org/0000-0002-3929-1824>

**Cómo citar:** Martín Vales, Priscila. (2021). «El debilitamiento de la fuerza sindical en la sociedad 4.0»; *Lan Harremanak*, 45, 162-183. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22811>).

Recibido: 15 mayo, 2021; aceptado: 22 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

Las redes empresariales se pueden considerar como una forma difundida de cooperación en Europa, no solo para las pymes, sino, también para las empresas de rango medio (Krebs, 2017; 127). Sin embargo, dichas empresas en red carecen de herramientas eficaces para garantizar la cooperación efectiva (Krebs, 2017; 137). No obstante, el procedimiento de dejar la red no suele estar tan altamente regulado como la expulsión y salida (Krebs, 2017; 137), de la misma de una de las empresas parte de la red.

Es de notoria relevancia traer a colación la clasificación de la normativa aplicable en las empresas red, de un lado, encontramos la «ley dura», que es la emanada directamente del legislador con fuerza obligacional, y, de otro lado, la «ley blanda», cuyas disposiciones no gozan de carácter vinculante y, en los casos en los que, si posee de tal fuerza vinculante, esta es muy limitada. Siendo ambas complementarias y no necesariamente excluyentes.

En relación con la clasificación anteriormente mencionada podemos diferenciar entre las sanciones «formales», relativas a la inobservancia de las estipulaciones contenidas en la «ley dura», y las sanciones «informales», las cuales se derivan del incumplimiento de lo expuesto en las denominadas «leyes blandas» (Krebs, 2017; 164). La justificación de estas últimas la podemos encontrar en la relación especial que une a las empresas de la red.

Cabe señalar, que la normativa aplicable dentro de la denominada «ley blanda», a nivel internacional, a las propias empresas transnacionales, comprende los Acuerdos Marco Internacionales o Globales y los códigos de conducta. Los Acuerdos Marco Internacionales suponen una de las manifestaciones de la negociación colectiva en las redes mundiales de mayor calado, además de ser su contenido la antesala de posibles cambios normativos. Rojas define este instrumento como aquel

negociado por empresas multinacionales y sindicatos mundiales con la finalidad de establecer estándares mínimos de condiciones básicamente laborales que los firmantes se comprometen a hacer cumplir en todos los países en los que opera y en empresas subcontratadas o proveedoras (2018; 273).

No obstante, una de las controversias más relevantes dimanantes de estos instrumentos es la relativa a la legitimación negocial de las Federaciones Sindicales Internacionales que los suscriben, además de la posición desigual, al ser negociados éstos por las Federaciones Sindicales Internacionales, por un lado, y por la multinacional, por otro. Empero, a dichas vicisitudes habría que añadir la falta de medios de control del cumplimiento de los mismos y, por ende, de su eficacia jurídica.

Por otro lado, podemos definir al código de conducta como un conjunto de reglas dirigidas a influir en el comportamiento interno (Krebs, 2017; 153) de la empresa o red empresarial.

La ausencia de norma que contemple las diferentes estructuras organizativas acaecidas en virtud de los diferentes cambios introducidos en la organización de las relaciones laborales, así como los derivados de la innovación de la técnica, pueden dar lugar a diferentes modalidades de prestación de servicios. Empero, dicha evolución no se ha visto reflejada en los consiguientes cambios normativos. Lo cual ha conllevado a que la actualidad de las vicisitudes de las relaciones laborales y su concreción judicial tenga un cariz netamente discrecional, ya que el juzgador no posee norma en la cual apoyar sus resoluciones.

Con la reforma laboral, operada mediante la Ley 3/2012, se introdujo la preferencia aplicativa a los convenios colectivos de empresa frente a los sectoriales en determinadas materias. Por lo cual, operará lo estipulado en los convenios colectivos sectoriales en lo no regulado por un convenio colectivo de empresa. Trasladando tal situación a las empresas multiservicios, se puede observar la implantación de una serie de mecanismos para reforzar los derechos de las personas trabajadoras, tales como, la subrogación convencional, la incorporación de estas empresas en el ámbito funcional de la negociación colectiva sectorial o el establecimiento de límites o prohibiciones a la contratación (Nieto, 2017; 2), de éstas.

Una de las principales consecuencias negativas que conlleva la discrecionalidad judicial, es la inseguridad jurídica, pudiendo darse resoluciones contradictorias ante supuestos similares. Lo cual, a su vez, ha generado una dificultad añadida en relación con la determinación del verdadero sujeto negociador (Soler, 2021; 2).

Por otro lado, la representación de los trabajadores también ha sufrido distensiones en relación con la designación de estos para ostentar la mayor representatividad exigida para la negociación de un convenio colectivo estatutario.

El resultado de la negociación también se ve influido por idiosincrasia de la estructura organizativa, la cual se ve modulada por el factor de la temporalidad de las relaciones laborales vigentes en la misma. Siendo este factor de temporalidad determinante a la hora de influir en las personas trabajadoras de la empresa en el ejercicio de su derecho sindical, entendido el mismo en su máxima expresión.

Lo cual conduce a la imperiosa necesidad de creación de un convenio colectivo aplicable a todas las empresas vinculadas a una misma cadena de suministro, teniendo todas y cada una de las empresas que forman dicha cadena «intereses contrapuestos tanto en las partes negociadoras como en el propio seno interno de cada una de ellas» (Soler, 2021; 4).

Las nuevas realidades empresariales, por su parte, conllevan una notoria dificultad a la hora de «aplicar la regulación tradicional de las unidades de nego-

ciación colectiva» (Rojas, 2018; 252). Teniendo su máximo exponente en la subcontratación transnacional con países con una regulación «menos avanzada» o con un desarrollo menor.

Estas han dado lugar a nuevas concepciones de relaciones laborales, así como a nuevas controversias a superar por parte del legislador y las partes de las mismas —empresa y representantes legales de las personas trabajadoras—, las cuales han de sortear estas nuevas vicisitudes, como, por ejemplo, la limitación del ejercicio a la libertad sindical en su máxima expresión. No obstante, y debido a la extensión de dicha problemática nos centraremos en la aplicación de la negociación colectiva, dejando a un lado cuestiones tan fundamentales, como las implicaciones acaecidas en el ejercicio del derecho fundamental a la huelga en los sectores externalizados, y su mayor problemática en el seno de las empresas transnacionales. Por ello, las siguientes líneas se centrarán en los supuestos más relevantes, al humilde criterio de esta autora, de externalización de servicios a través de las empresas red.

## **2. La estructura de la red como factor determinante en la negociación colectiva**

Uno de los factores determinantes en el desarrollo de las empresas en red es el grado de dependencia que éstas tienen sobre la misma, en cuanto a su grado de implicación interna (Soler, 2021; 8). Dichas empresas, a su vez, gozan del beneficio de participar en redes que hacen más eficientes la colocación de su producto en el mercado (Soler, 2021; 8).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 18 de mayo de 2015 (recurso núm. 197/2015), ya consideró la ampliación de concepto de empresa «hacia fuera» «dando cabida a organizaciones productivas coordinadas estables o temporales, pero relacionadas entre sí por motivos productivos». A diferencia de las estipulaciones normativas, las cuales siguen sin dar un significado contenido en el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y sus sucesivas modificaciones, en relación con los procesos de descentralización productiva, como «pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación». No obstante, el legislador nacional se limitó a establecer los efectos de concurrencia y legitimación de los convenios colectivos no identificando el significado ni la aplicación de la expresión anteriormente mencionada, así como, la tipología de las relaciones que deben acaecer entre tales empresas. Tal inexistencia de norma a aplicar en las empresas en red trae consigo la inexorable dificultad de configurar un soporte jurídico (Soler, 2021; 11).

Por lo cual, el conocimiento por parte de los representantes de las personas trabajadoras sobre el vínculo que las une a cada empresa miembro de la red o de la cadena de suministro, conlleva a la concreción de las posibles violaciones de lo contenido en los convenios o acuerdos colectivos adoptados. Siendo determinante a la hora de invocar el instrumento a aplicar para tales violaciones.

La integración de en redes verticales produce un desplazamiento de poderes decisorios (Soler, 2021; 12), que han de coordinarse con las demás empresas de la red y sujetas a lo estipulado por la empresa dominante.

En los supuestos en los que la relación que une a las empresas en red vertical deja de ser societaria, pasando a ser contractual, tanto su vinculación como las directrices de la empresa predominante resultan más complejas. Manifestándose su poder de decisión en «un mero transmisor de decisiones operativas» (Soler, 2021; 13) de la empresa predominante.

Es de notoria relevancia traer a colación, que tal dependencia económica de las empresas red de la empresa predominante no se produce únicamente en los supuestos de subcontratación, sino que esta puede ser inconstante.

Asimismo, dicha dependencia económica puede ser total o parcial, de manera que no es requisito indispensable vincular toda la actividad ni la totalidad de la plantilla de la empresa. Por lo cual, puede darse el supuesto de que en una misma red realicen su prestación de servicios a favor de ésta, personas trabajadoras de distintas empresas y con diferentes condiciones laborales, lo que dificulta en gran medida el agrupamiento de las mismas como fuerza representativa o sindical en la red empresarial. En los casos en los que tales personas trabajadoras que hayan sido contratadas por una empresa de trabajo temporal y que presten sus servicios en una empresa usuaria, la mayoría de las condiciones laborales de éstas serán las que ostenten aquellas contratadas directamente por la empresa usuaria. En consecuencia, en tales supuestos, la flagrante necesidad de homogenizar los convenios colectivos aplicables o, en su caso, elaborar un convenio colectivo vinculante para todas las empresas de la red, es considerablemente inferior.

Las empresas en red se fundamentan en relaciones no jerárquicas de coordinación empresarial en las que se reconoce la interdependencia (Ruíz, 2018; 15). Esto no quiere decir que su estructura se mantenga estática durante todo el tiempo de la relación entre dichas empresas. Por ello, ésta puede cambiar su estructura jerárquica, pasando de una unión contractual a la constitución de filiales.

En los supuestos en los que la red empresarial se articule como una contrata o subcontrata de obras propia del art. 42 ET<sup>1</sup>, se activarán los mecanismos de coordinación incluidos en dicho precepto.

---

<sup>1</sup> En este extremo hay que poner especial atención en las reformas anunciadas por el legislador para dicho precepto.

Ha de tenerse en cuenta que cuando unas empresas deciden constituir una red empresarial, la misma dificulta enormemente la acción sindical de los trabajadores en tal red empresarial, «pudiendo este haber sido incluso trazado como objetivo o, simplemente, una consecuencia concomitante» (Díaz, 2018; 235).

### 3. La representación legal de los trabajadores en las redes de empresa

La red empresarial puede tener como una de sus características la inexistencia jurídica de tales sujetos colectivos empresariales, los cuales actuarían como interlocutores formales (Díaz, 2018; 237).

En relación con la legitimación para negociar un convenio colectivo por parte de la patronal, corresponde a las asociaciones empresariales, cuestión plenamente aceptada. La dificultad aparece en supuestos en los que existe una red empresarial. De manera que, para que tal legitimidad pueda darse,

no es necesario que todas y cada una de las empresas afectadas por el convenio colectivo estén adheridas a la misma, sino que cumplido el porcentaje legalmente exigido se considerará acreditado que las asociaciones empresariales poseen esa capacidad especial para representar a la mayoría de los empresarios afectados por el convenio colectivo y, por esa razón, que el mismo pueda tener la eficacia general prevista en el art. 82.3 ET (Nieto, 2017;14).

Diferente supuesto sería el dimanado de la controversia acaecida por la legitimidad de tales asociaciones para negociar un convenio colectivo estatutario.

En lo que respecta a la legitimación inicial para negociar, el ET contempla la representación suficiente de las asociaciones empresariales en el ámbito del convenio colectivo a negociar, no aplicándose, a diferencia de la representación de las personas trabajadoras, el principio de irradiación de la mayor representatividad.

A la hora de determinar el cómputo de las empresas de la unidad de negociación, habrá que atender «tanto a las que estén afiliadas como tales a una determinada asociación, como a los que pertenezcan a una agrupación integrada a su vez en una organización más compleja» (Roqueta, 2020; 6).

La Disposición Adicional 6.<sup>a</sup> ET otorga la condición de asociación empresarial más representativa a aquella que acredite una implantación significativa en todo el territorio nacional o, en su caso, en el de una Comunidad Autónoma (Roqueta, 2020; 3). Siendo éstas aquellas que en dicho ámbito nacional cuenten con el 10% o más del total de las empresas, siempre que estas empleen al 10% o

más de las personas trabajadoras<sup>2</sup>. Mientras que, serán asociaciones empresariales más representativas a nivel autonómico, las que en tal ámbito cuenten con el 15% o más de las empresas y estas, a su vez, empleen al 15% o más de las personas trabajadoras en el ámbito de una determinada Comunidad Autónoma, añadiendo en este ámbito, el requisito de la no integración de las mismas en una asociación empresarial de ámbito estatal, limitando su actividad, de forma exclusiva, a la Comunidad Autónoma en cuestión. Asimismo, el reparto de la representación de la patronal en la Comisión negociadora se realizará en función de la representatividad de cada una de las asociaciones empresariales.

En los supuestos en los que un convenio colectivo sea pactado «con exclusión de una de las asociaciones empresariales que cuenten con la indicada legitimación básica será estatutariamente nulo» (Roqueta, 2021; 8). Cuestión diferente estriba en los supuestos en los que la asociación empresarial con legitimación inicial se autoexcluya de forma voluntaria, siendo este un derecho renunciabile.

De manera que,

la legitimación básica no es suficiente por sí sola para poder negociar un convenio colectivo, por cuanto la capacidad plena requiere una legitimación complementaria que solo la tienen la asociación empresarial, las asociaciones empresariales o las coaliciones de estas» (Roqueta, 2020; 8)

que representen como mínimo a empresarios que ocupen a la mayoría de las personas trabajadoras afectadas por el convenio colectivo.

El TS mediante su sentencia de 11 de noviembre de 2010, recurso núm. 235/2009, ha estipulado la obligatoriedad de validación de la unidad de negociación creada en la misma no ha de ser de creación artificial, sino que

ha de reunir ciertas características de homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de las condiciones de trabajo al tiempo que se trate de actividades productivas afines, respondiendo al ámbito elegido a criterios de objetividad y estabilidad (Nieto, 2017; 14).

No obstante, goza de presunción *iuris tantum* la legitimación de la asociación empresarial firmante del convenio colectivo. Tal presunción «no resulta de aplicación cuando en la fase inicial de constitución de la comisión negociadora se cuestiona la legitimación de las asociaciones empresariales» (Roqueta, 2020; 16). A razón de la obligatoriedad de acreditación por parte de las asociaciones

---

<sup>2</sup> En la actualidad esta condición de asociaciones empresariales más representativas la ostentan la «Conferencia española de Organizaciones empresariales» (CEOE) y la «Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa» (CEPYME).

empresariales sus respectivos porcentajes de representatividad ex arts. 87.3 c) y 88.2 ET, en el momento indicado por el legislador.

Debido a lo cual, se ha de considerar que la voluntad del mismo en este extremo fue favorecer o incentivar el desarrollo de la negociación colectiva, dotando de carta de naturaleza legal, y no jurídica, a la legitimación para negociar convenios o acuerdos colectivos en empresas en red en procesos de descentralización productiva. Para lo cual, el legislador optó por una definición de carácter descriptivo y funcional de los rasgos identificadores de la red empresarial (Sanguineti, 2016; 128).

En relación con la representación unitaria, hay que partir de la siguiente premisa; las personas trabajadoras proceden a elegir a sus representantes mediante elecciones en la empresa o centro de trabajo. Dicha premisa, impuesta por el legislador español, dificulta en gran medida la designación de representantes unitarios por parte de las personas trabajadoras de las empresas que componen la red empresarial y que, asimismo, están coordinadas. En virtud de la extensión, o, dicho de otro modo, la limitación del ámbito de representación de esta representación unitaria, no pudiendo extender la misma más allá del centro de trabajo en cual fue elegido. Por lo cual, en ocasiones, aunque con carácter minoritario, en algunos convenios colectivos se ha optado por la creación de un Comité Intercentros, como órgano de participación de las personas trabajadoras integrantes de una red empresarial. Sin embargo, esta organización supraempresarial de la red, además de ser minoritaria, tal y como se ha avanzado con anterioridad, se limita únicamente a regular aspectos derivados de seguridad y salud laboral, con la finalidad última de arbitrar la coordinación de las obligaciones empresariales en tal materia.

Una posible solución a esta disyuntiva sería la de incluir una nueva figura de representación con carácter «informal», para los supuestos de las empresas en red, cuestión que se analizará con posterioridad.

Siguiendo el razonamiento anteriormente expuesto, tampoco se podrá constituir una sección sindical con presencia en la red empresarial. No obstante, el art. 8.1 LOLS abre una vía para la misma a través de la opción de «constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del sindicato», pudiendo estar disponible para las personas trabajadoras afiliadas a un sindicato, que, siguiendo el procedimiento previsto en el precepto anteriormente referenciado, crean una sección sindical en el «ámbito de empresa o centro de trabajo». Sin embargo, parece poco efectiva la elección de un representante sindical nombrado como portavoz y nexo de unión entre las diferentes secciones sindicales de todas y cada una de las empresas y/o centros de trabajo que conforman la red empresarial.

Empero, no es cuestión baladí el papel primordial de los sindicatos en las empresas en red, pudiendo operar desde fuera de la misma debiendo, no obs-

tante, adaptarse a la nueva realidad laboral que ha entrado con fuerza en las relaciones laborales y que tiene visión de permanencia. Por otra parte, podría existir una relación de coordinación «no oficial» entre los representantes unitarios y los representantes sindicales de todas las empresas y/o centros de trabajo incluidos en la red empresarial, en mayor medida por iniciativa propia que a razón de las directrices marcadas por el propio sindicato (Díaz, 2018; 240). Pudiendo darse esta coordinación por parte de las personas trabajadoras dejando a un lado, a su vez, a los representantes y sindicatos. Mas esta tercera opción conlleva una mayor dificultad de ejecución que la anteriormente expuesta.

#### 4. La digitalización de las relaciones laborales como factor de cambio

La sociedad actual, la sociedad 4.0, derivada de la tercera revolución industrial, se caracteriza por un uso notable de las TICs. Lo cual ha dado lugar a la proliferación de nuevas formas de relaciones laborales basadas en la descentralización y en el uso de dichas tecnologías. A medida que avanza la sociedad, con ella debe hacerlo tanto la normativa, como el funcionamiento de los agentes de tales relaciones laborales. Adecuar la forma de actuar de estos a la nueva realidad social es determinante para la efectividad de los mismos. A razón de lo cual están surgiendo, cada vez más, relaciones laborales con trasfondo digital y un alto índice de temporalidad. Por ello, la necesidad de una modernización de la acción sindical desde la perspectiva digital cobra mayor relevancia.

Aunque se ha dado un avance en materia de políticas de empleo que apuntan a la regulación de condiciones laborales y salariales más justas, así como a la protección social de la persona trabajadora vinculada a través de estas novedosas formas de acceder al empleo, aún falta camino por recorrer.

No podemos dejar sin mencionar la grave crisis económica en la que se ve inmersa no solo España sino todos los países derivada de la pandemia, ya que ésta ha puesto de manifiesto la importancia de la concienciación acerca de la necesidad de afrontar el impacto de la digitalización en las relaciones laborales, pues debido a dicha situación se ha evidenciado la importancia del uso de las TICs, además de la necesidad de adaptación por parte de las empresas a estos medios, para lograr mayor competitividad en el mercado.

Así, la economía digital y el uso de las TICs han dado un giro de 180° a la proyección de las actividades productivas: desde la manera en que se produce la información, informes, planes de trabajo, metas, resultados, entre otros, a través de herramientas digitales, tales como el ordenador, la tableta o incluso el móvil, hasta la forma en que se visualiza o se observa tal información.

La concepción clásica de persona trabajadora se venía articulando a través de las nociones de dependencia y ajenidad. Ha de anotarse que dichas nociones

forman parte de las denominadas notas de laboralidad contenidas en el ET, y las cuales son determinantes para denotar si estamos ante una relación de laboralidad, es decir, ante una persona trabajadora por cuenta ajena o ante una persona trabajadora por cuenta propia. La temporalidad, junto a la alta tasa de rotación de los empleos, entre otras cuestiones, dan lugar a una huida por parte del tejido empresarial de la aplicación de la norma. Además, los trabajos realizados a través de plataformas digitales, conllevan una notable incertidumbre, inestabilidad y precariedad (Mercader, 2020; 5). De manera que estas nuevas formas económicas y de prestación de servicios han de encontrar su encaje en la normativa laboral actual.

En consecuencia, el legislador español ha optado por una regulación para las personas trabajadoras que realizan su prestación de servicios a través de plataformas digitales, en vez de adecuar la ya existente con una nueva interpretación de los preceptos ya contenidos en el ET y demás normas coordinantes. Razón por la cual el pasado 12 de mayo de 2021 se publicó el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. En dicha norma se produce la modificación del art. 64.4 d) ET y la introducción de la Disposición Adicional Vigésimotercera, teniendo como fecha de entrada en vigor el 12 agosto del corriente —tres meses posteriores a su publicación—.

Asimismo, se dota a la representación de las personas trabajadoras del derecho a la información, consulta y participación relativo a

los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

Empero el precepto de mayor transcendencia es la Disposición Adicional Vigésimotercera, por la cual, se dota de presunción *iuris tantum* al carácter de laboralidad de la prestación de servicios a través de plataformas digitales. Dejando zanjado, por ende, el debate jurisprudencial sobre tales extremos acaecidos en los últimos años en cuanto a la laboralidad o la falta de ella de estas personas trabajadoras a través de plataformas digitales. Aun siendo el debate de una importante transcendencia, las siguientes líneas se centrarán en la primera cuestión dada su relación estrecha con las mismas.

En virtud de lo cual, mediante de la nueva redacción del art. 64.4 d) ET, el legislador nacional ha intentado suplir esas limitaciones o deficiencias aplicativas del derecho a libertad sindical, en este caso a través de las limitaciones en el ejercicio de sus funciones de los representantes legales de las personas

trabajadoras, dotándolas de un derecho a la información en relación a los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones, parámetros, reglas e instrucciones de los empleadores que están detrás de las plataformas digitales. Cuestión esta última no baladí, ya que en ocasiones es compleja su determinación. En este sentido es importante traer a colación lo que entiende De la Villa en relación con el concepto de empleador, «es un concepto traslativo que se perfila indirectamente por remisión a la persona del trabajador, pues empleador será todo aquel que ocupa a otro como trabajador» (2010; 13-41).

Esto constituye un paso más hacia el refuerzo de los derechos de las personas trabajadoras en plataformas digitales, quedando todavía mucho camino por recorrer. Pudiendo ir más allá, tal y como entiende Mercader, estableciendo el concepto de «empresa tecnológicamente responsable», con la finalidad última, tal y como expresa el autor, de poner «diques de contención al irrefrenable cambio tecnológico que pasa por la plena concienciación de todos los agentes sociales, económicos y políticos sobre los devastadores efectos del tsunami tecnológico» (Mercader, 2020; 14).

En los supuestos en los que las redes de empresas operen a través de una plataforma, las personas trabajadoras de la misma se encuentran más distanciadas, llegando hasta el extremo de no conocer a otra persona trabajadora de la red, por lo cual «deviene casi imposible crear relaciones de confianza suficientes como para elegir delegados» (Álvarez; 2017, 157).

En virtud de lo cual, la organización de la acción sindical a través de plataformas sindicales cada vez cobra una mayor relevancia en la sociedad 4.0 actual, en la que el uso de las TICs se ha hecho un importante hueco en las relaciones laborales, tanto por la organización de la prestación de servicios, como la contratación de las personas trabajadoras, entre otras cuestiones, dando un vuelco a la concepción clásica de las relaciones laborales. De manera que, los sindicatos pueden servirse de las TICs tanto para realizar funciones de captación, información y formación a sus afiliados, como para aumentar su eficiencia en las funciones de organización y acción sindical, lo cual se encuentra íntimamente ligado con la economía corporativa. De manera que, la acción digital a través de medios digitales «permitiría una presencia sindical cercana al trabajador» (Díaz, 2019; 347), como por ejemplo, a través del voto telemático en las elecciones a representantes de las personas trabajadoras, aunque con la obligación del aseguramiento de la «intervención de forma simultánea de todos los miembros de la comisión negociadora»<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Tal y como establece la Audiencia Nacional en su sentencia de 3 de marzo de 2016, recurso núm. 384/2015. Posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de abril de 2017, recurso núm. 149/2016).

En consecuencia, tanto el Título II como el Título III ET han de ser relectos en virtud de estas nuevas realidades laborales, ya que éstas suponen una disminución de efectividad del derecho a la acción colectiva.

## 5. Ordenación negociadora en redes empresariales

La ruptura de la concepción clásica de empresa, en unidades separadas con grupos autónomos de trabajo, provocada por la deslocalización empresarial, ha generado una desunión de los intereses de las personas trabajadoras de la empresa en red. En consecuencia, las organizaciones sindicales se encuentran con unas dificultades notables para poder acercarse a todos y cada uno de los intereses de dichas personas trabajadoras, limitando, con ello, su fuerza como sindicato más representativo y todos los derechos aparejados por tal condición.

El desplazamiento del poder de dirección que lleva aparejadas las relaciones de las empresas en red, altera de forma notable la bilateralidad contractual característica del contrato de trabajo (Soler, 2021; 17).

En cuanto al capital humano, habrá que distinguir, por un lado, a aquellas personas trabajadoras que han sido contratadas por la red y que realizan su prestación de servicios, únicamente a favor de esta. Por otro lado, estarían aquellas personas trabajadoras que realizan su prestación de servicios solamente para empresas incluidas en la red pero que no desarrollan su actividad para ésta. Y en último lugar, nos encontramos con aquellas personas trabajadoras que, siendo contratadas por una empresa perteneciente a su red, su prestación de servicios se desempeña tanto para la empresa contratante como para la red empresarial (Soler, 2021; 19). Este último supuesto será el más complejo a la hora de determinar el convenio colectivo aplicable.

En relación a la anterior clasificación podemos establecer tres escenarios posibles en los que nos podemos encontrar a la hora de analizar una empresa red. En el primero de ellos se aplicaría el convenio colectivo de la empresa contratante, mientras que, en el segundo, la persona trabajadora estaría sujeta al convenio colectivo de la red durante el tiempo de prestación de servicios a esta y, en su defecto, se debería acudir al convenio colectivo aplicable en la empresa contratante, así como, en el último supuesto sería más recomendable la aplicación sucesiva de los convenios colectivos en función de en qué empresa esté desarrollando su prestación de servicios.

No obstante, la aplicación del convenio colectivo de red a personas trabajadoras no contratadas por la misma y que presten sus servicios para ella generaría graves controversias en su aplicación. Por lo cual, para salvar dichas controversias podemos acudir a la aplicación analógica del supuesto de la prestación de servicios de las personas trabajadoras en las empresas de trabajo temporal.

En virtud del artículo 11 de la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, se extienden las condiciones de trabajo esenciales a las personas trabajadoras contratadas por la empresa de trabajo temporal que presten servicios en la empresa usuaria, en relación a la remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, periodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos, que ostenten las personas trabajadoras contratadas directamente por la empresa usuaria. Sin embargo, esta opción conlleva efectos negativos como la falta de normativa regulatoria o la «indicación que esas nuevas condiciones aplicables deberían ser más favorables para el trabajador» (Soler, 2021; 20), que las ofrecidas por la empresa contratante.

De manera que, en función de la aplicación del convenio colectivo en las empresas red se atisbarán unas mayores o menores diferencias. Siendo así, en los supuestos en los que hubiera un convenio colectivo aplicable único a todas las empresas de la red, las diferencias entre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de la empresa red serán consustancialmente inferiores en relación a los supuestos en los que dicho convenio colectivo aplicable no es único, sino que hubiera varios convenios de aplicación en función de la directa contratación, por cada empresa que forma parte de la red, de las personas trabajadoras que, finalmente, realizan su prestación de servicios a favor de la red empresarial.

Asimismo, se ha de poner en relación lo anteriormente expuesto, con la existencia de otra posibilidad, siendo esta la extensión del convenio colectivo de la red horizontal a las personas trabajadoras desplazadas.

La homogeneización de las condiciones laborales en todas las empresas vinculadas dotaría de grandes beneficios tanto a las personas trabajadoras, como a las empresas de la red. Dicha homogeneización podría materializarse en un acuerdo colectivo.

Tal convenio colectivo de empresas en red lleva consigo la posibilidad de una reorganización empresarial en aquellos supuestos en los que se ha producido una previa externalización (Soler, 2021; 22). De manera que, con la creación de tal convenio o acuerdo colectivo no solamente se verá fortalecida la capacidad sindical y la fuerza de las personas trabajadoras, sino que la empresa podrá obtener una serie de ventajas con el mismo, tales como la reordenación de elementos logísticos, de coste, de factores productivos, de duplicidades, etc., así como, ventajas de carácter competitivo<sup>4</sup>.

En cuanto al contenido de los mismos, este dependerá del grado de cohesión que se quiera adoptar por la agrupación (Soler, 2021; 23), pudiendo verse

---

<sup>4</sup> En el mismo sentido se expresa Sanguineti al entender que «puede representar un instrumento útil para que sus integrantes satisfagan necesidades comunes vinculadas con el desarrollo de la colaboración» (2016; 74).

limitado su ámbito personal de aplicación a las personas trabajadoras que llevan a cabo tareas específicas y directamente relacionadas con la colaboración existente entre tales empresas, o también, en cuanto a las relaciones de trabajo a fin de homogenizar las mismas para todas las personas trabajadoras que desarrollen funciones específicas vinculadas con dicha colaboración. Rigiendo, a su vez, con carácter supletorio, lo estipulado en el convenio colectivo sectorial o de empresa que le sea de aplicación.

El Acuerdo de 15 de marzo de 2016 entre Repsol y CCOO en relación a la implementación de medidas de seguridad y salud de las personas trabajadoras, da un paso en la ordenación de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral en las empresas de la red. No obstante, dicho acuerdo se centra en mayor medida en la protección de la seguridad y salud de las empresas auxiliares que operan en los complejos industriales de Repsol petróleo (Soler, 2021; 24).

De manera que, el convenio colectivo de empresa o de sector,

se constituirá como garante de mínimos para los trabajadores desplazados, así como reguladores de condiciones exclusivas de su ámbito, mientras que este convenio «vinculado» garantiza las especificidades que el desarrollo de la actividad requiere en el entorno de la red (Soler, 2021; 25).

Siendo notoria la necesidad de una reestructuración de la concepción clásica de los sindicatos en cuanto a la forma a llevar a cabo sus funciones y competencias, como a las manifestaciones de la autonomía colectiva no solo *ad extra*, sino, también, *ad intra*.

### 5.1. Unión temporal de empresa (UTE)

La UTE, entendida como aquella agrupación de empresas surgida con el fin último de alcanzar un objetivo de naturaleza jurídica, se verá extinguida en el momento de la finalización de dicha relación jurídica, o más concretamente, negocio jurídico, por el cual se procedió a la mera unión temporal (Martín, 2020; 139).

En relación a las personas trabajadoras que realizan su prestación de servicios enmarcadas dentro de una UTE, podemos llevar a cabo la siguiente clasificación; en un primer lugar, la UTE puede contratar *ex novo* a parte o a la totalidad de la plantilla, en su propio nombre; en segundo lugar, la UTE se puede servir de las personas trabajadoras de las empresas agrupadas<sup>5</sup>, de manera que, tal realización de su prestación de servicios se realiza en favor de la UTE, situándose, por ende, dentro de su ámbito de organización y dirección por el tiempo necesario para la satisfacción de su objeto; y, en tercer lugar, que la UTE no establezca un ámbito de organización y control diferenciado de las empresas inte-

---

<sup>5</sup> STSJ Castilla y León, Valladolid, 7 mayo de 2014, entre otras.

grantes de la misma, sino que únicamente las personas trabajadoras que ejercen su prestación de servicios en la misma lo hacen bajo la dirección y control de la empresa integrante de la UTE y por la cual fue contratada, a través del reparto y desarrollo independiente de las actividades por parte de las empresas integrantes de la UTE.

Acorde con la primera de las vías anteriormente mencionadas, la determinación de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras afectadas por la misma será la del convenio colectivo aplicable, siendo este el de las UTE o, en su defecto, el del sector (Solís, 2018; 85). Recayendo, por ende, el incumplimiento del mismo en responsabilidad solidaria e ilimitada de todas las empresas integrantes de la UTE.

Por otro lado, la contratación expresa para prestar servicios en la UTE puede considerarse cesión legal de las personas trabajadoras. En tanto que las mismas realizan su prestación de servicios a favor de las UTE como si se tratara esta de una empresa usuaria, mientras que la facultad sancionadora recaería sobre la empresa contratante (Solís, 2018; 88). No obstante, en los supuestos en los que las personas trabajadoras realicen su prestación de servicios en ambas empresas, empresa contratante y UTE, se tornará más dificultoso su encuadramiento normativo.

Mientras que, en los supuestos en los cuales se repartan las actividades y desarrollen de forma independiente las mismas por parte las empresas miembros de la UTE, se puede dar el caso de que se establezcan en sus estatutos las prestaciones a realizar por cada una de las empresas que las conforman (Solís, 2018; 92).

En consecuencia, la regulación de la actividad de las UTE se encuentra bajo una laguna normativa y, por ende, de una inseguridad jurídica manifiesta. Por lo cual, es importante traer a colación la relevancia de no perder de vista la diferenciación de las UTE y del grupo de empresas, no siendo iguales ambas construcciones jurídicas.

Por otro lado, puede darse el supuesto en el que la UTE, a su vez, se encuentre inmersa en una red empresarial. En función de lo cual, ha de traerse a colación que en la estructura de la negociación en redes verticales, «las condiciones laborales serán diferenciadas en función de la adscripción a una empresa determinada, pese a que la actividad se realice por una misma red» (Soler, 2021; 27). La heterogeneidad dimanada de esta red vertical se podría ver resuelta a través de un acuerdo colectivo que eliminara o, en su defecto, mitigara en la medida de lo posible tal condición. Empero, tal posibilidad se entronca compleja en cuanto a su negociación, debido a la disparidad de posiciones e intereses.

En las empresas red verticales, se concentra un elevado nivel de precariedad y rotación en el empleo (Sanguineti, 2016; 69), lo cual conlleva a la enorme di-

ficultad de poder realizar su ejercicio a afiliación. Asimismo, supone un alto costo para las organizaciones sindicales incentivar su presencia en este tipo de estructuras empresariales.

Uno de los puntos clave para desarrollar la negociación colectiva en empresas vinculadas será la determinación de la unidad de negociación necesaria para la consecución del acuerdo colectivo. Siendo requisito necesario para la configuración de la misma la voluntad negocial de las partes.

Sin embargo, no existen fórmulas de promoción como espacio de negociación, lo que da lugar a la existencia residual de tales convenios o acuerdos colectivos en empresas vinculadas. Siendo una tarea pendiente del legislador la creación de una normativa que regule tal promoción, ampliando, con ello, los espacios de negociación a estas nuevas unidades.

La persona trabajadora desplazada o en misión presenta similitudes con la persona trabajadora que realiza su prestación de servicios a en la empresa subcontratada, por lo cual, se podrían extrapolar algunos parámetros de la regulación en esta materia, así como en lo concerniente a diversos elementos de la regulación de las empresas de trabajo temporal, a las empresas vinculadas verticalmente.

Por su parte, los Acuerdos Marco Internacionales o Globales negociados entre empresas multinacionales y sindicatos internacionales y locales, y dotados de dimensión transnacional, se consideran instrumentos adecuados, tanto para la OCD como para la OIT, para dotar de un mayor empaque a los procesos de debida diligencia empresarial en la cadena de suministro, «creando así una relación de confianza entre los diferentes interesados» (Rojas, 2019; 365). De manera, a través de estos Acuerdos Marco Internacionales o Globales las empresas multinacionales que lo suscriben irradian su contenido a las otras entidades mercantiles unidas a esta, tales como proveedores, suministradores, empresas asociadas, empresas participadas, y cualquier otra mercantil integrante de su cadena valor. A razón de la posición de prevalencia e irradiación de su influencia de las primeras frente a las segundas.

En contraposición a lo entendido por Sanguinetti, el cual sostiene que

no parece representar una opción muy viable debido a las evidentes diferencias, no solo los muy variados tipos de redes que pueden existir, sino entre las actividades, posiciones e intereses de las empresas que las componen (2016; 72).

Empero, considera, a su vez, el enorme potencial regulador del convenio colectivo de empresa en red como mecanismo regulador de los fenómenos de desarticulación empresarial (2016; 17). Ya que, este debilitamiento de los convenios colectivos de empresa lleva aparejado un debilitamiento de las unidades de negociación (Sanguinetti, 2016; 71). Todo ello diamante, a su vez, de las dificult-

tades de los interlocutores sociales en las empresas en red, así como, a la cada vez más reducida presencia sindical. No obstante, en estos supuestos el convenio colectivo resulta ineficaz, debido a que el proceso productivo se fragmenta y, con ello, el poder de dirección en una pluralidad de sujetos con personalidad diferenciada (Sanguinetti, 2016; 70).

Por otro lado, en relación con los convenios colectivos aplicables a un grupo de empresas o a empresas vinculadas, el art. 84.2 ET establece la misma prioridad aplicativa que el convenio de empresa, pudiendo, por ende, llevarse a cabo la promoción de su negociación por parte de los sujetos legitimados en cualquier momento, aunque estén en vigor uno o varios convenios sectoriales. Por ello, no se contempla la posible concurrencia de los convenios del grupo y los convenios propios de cada una de las empresas de la red (Rojas, 2018; 269).

Ejemplos en este sentido encontramos: el convenio colectivo de Ombuds Servicios, SL, Protección Castellana, SLU y UTE Thyssen<sup>6</sup>; el convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles<sup>7</sup>; el convenio colectivo de las empresas Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., UTE RM2 y UTE Recogida Sur Madrid<sup>8</sup>, entre otros.

## 5.2. Empresas multiservicios y negociación colectiva

La función de las cláusulas de subrogación convencional es

evitar que la continuidad de los contratos, en sectores fuertemente expuestos a la subcontratación, quede al albur de la voluntad del nuevo contratista, imponiéndole la obligatoria subrogación de los contratos de todos o parte de los trabajadores empleados por el anterior titular de la contrata (Nieto, 2017; 4).

La inexistente regulación normativa en este aspecto conlleva a que la negociación colectiva posea una posición privilegiada en aquellos sectores afectados de forma notable por la competencia realizada por las empresas multiservicios. De manera que, cuando las empresas multiservicios realizan funciones de subcontratación, las empresas principales se benefician de las insuficiencias o, mejor dicho, deficiencias de la normativa aplicable a esta tipología de empresas, así como de la interpretación judicial dada a las mismas en relación con su diferente

---

<sup>6</sup> Resolución de 29 de junio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ombuds Servicios, SL, Protección Castellana, SLU y UTE Thyssen (BOE núm. 167, de 11 de junio de 2018).

<sup>7</sup> Resolución de 8 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles (BOE núm. 20, de 23 de enero de 2019).

<sup>8</sup> Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de las empresas Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., UTE RM2 y UTE Recogida Sur Madrid. (BOCM núm. 297, de 14 de diciembre de 2019).

casuística, mayoritariamente restrictiva de los preceptos garantistas que la integran (Monereo, 2018; 403). Además de la interpretación cada vez más amplia de la casuística procedente para la realización de extinciones por voluntad unilateral del empresario en supuestos de descentralización productiva y externalización de la producción y/o los servicios (Esteve, 2018; 438).

No obstante, tanto las empresas multiservicios como las empresas principales se encuentran obligadas a soportar lo contenido en los arts. 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS, así como la demás normativa aplicable. Recayendo sobre ellos, por ende, la responsabilidad subsidiaria por cotizaciones no abonadas a la Seguridad Social, además de las prestaciones que corresponden a los contratistas y subcontratistas por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social; y, las obligaciones de coordinación preventiva *ex* art. 24 LPRL. Sin embargo, las empresas multiservicios no tienen la condición de propia actividad contenida en el art. 42 ET.

En la práctica, las empresas multiservicios evaden la aplicación de los convenios colectivos sectoriales específicos aplicables para sectores concretos de la actividad, siguiendo el principio de preferencia legal de los convenios de empresa (Monereo, 2018; 408). Lo cual les permite, tanto a las empresas multiservicios como a las empresas que las contratan, disminuir el precio de mercado a razón del bajo coste laboral, ya que el monto a pagar a la mano de obra es inferior en relación a lo estipulado en el convenio colectivo de sector, dando lugar, a su vez, a una clara competencia desleal de ambas mercantiles. A lo que hay que añadir la existencia de una mayor vulnerabilidad en relación con la vinculación entre la persona trabajadora y la empresa subcontratista o la empresa auxiliar (Martín, 2020; 26).

El legislador nacional, de forma alarmante, ha incentivado estas prácticas con la reforma del art. 84 ET, al dar prioridad aplicativa al convenio de empresa sobre el convenio colectivo sectorial.

En este sentido, el convenio colectivo negociado en Adecco Outsourcing S.A.U. y en Atlas Servicios Empresariales, S.A.U.<sup>9</sup>, tiene como objetivos respetar el convenio colectivo sectorial, así como regular las condiciones de trabajo en otras actividades sin convenio colectivo de aplicación (Esteve, 2018; 447). Dando un giro de 180° a la voluntad del legislador de 2012, de manera que, mediante lo contenido en el mismo, se da prioridad a lo estipulado en el convenio colectivo, en detrimento del contenido en el convenio colectivo de empresa. En consecuencia, este último tendrá una aplicación subsidiaria en relación con las estipulaciones del convenio colectivo sectorial. En contraposición con lo ex-

---

<sup>9</sup> Resolución de 16 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas: Atlas Servicios Empresariales, SAU y Adecco Outsourcing, SAU. (BOE núm. 158, de 4 de julio de 2017).

puesto en el convenio colectivo de acciona multiservicios<sup>10</sup> y el convenio colectivo de Clece Servicios Auxiliares<sup>11</sup>, por todos. En este extremo es relevante traer a colación lo acaecido en relación con los convenios colectivos negociados por Adecco Outsourcing con anterioridad, al no haber sido negociado por representantes de todos los centros de trabajo.

Como segundo instrumento encontramos las cláusulas de equiparación de las condiciones económicas y sociales de las personas trabajadoras de las contrata con las de la plantilla de la empresa principal.

No obstante, algunos convenios colectivos sectoriales establecen prohibiciones o limitaciones a la externalización de actividades. Las prohibiciones absolutas incondicionales han de considerarse ilegales al vulnerar el derecho a la libertad de empresa (Esteve, 2018; 443).

Otra opción, la encontramos en la inclusión de las empresas multiservicios en el ámbito funcional de un convenio colectivo sectorial. Sin embargo, la aplicación de esta trae como consecuencia una serie de controversias, sobre la «legalidad de esta integración a la luz de la integridad de los firmantes en desde el banco patronal y su capacidad para vincular empresas multiservicios»<sup>12</sup> (Esteve, 2018; 443).

En cuanto al banco social, su conformación debe regirse por los criterios establecidos para la negociación de los convenios colectivos de ámbito sectorial, esto es, los sindicatos más representativos. En virtud de lo cual, podemos observar que en la negociación de los convenios colectivos de las empresas en red no ostentará legitimación inicial ni negociada, la representación unitaria o sindical de las personas directamente afectadas por el mismo, ni la posible comisión *ad hoc* de las propias personas trabajadoras.

Sin embargo, se ha de señalar que el artículo 87.1 párrafo 3.º ET dispone una serie de singularidades en supuestos de unidades complejas, en relación con lo establecido en el articulado de forma originaria. De manera que el reenvío directo del art. 87.1, párrafo 3.º *et al.* artículo 87.2 de mismo cuerpo legal, nos indica que la atribución negociar la ostentan tres grupos de sujetos, todos con naturaleza sindical: sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como las organizaciones afiliadas, federadas o confederadas a

---

<sup>10</sup> Resolución de 8 de octubre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Acciona Multiservicios, SA. (BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2013).

<sup>11</sup> Resolución de 11 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Clece, SA (servicios auxiliares) (BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013).

<sup>12</sup> Diferente consideración ha tenido las unidades de negociación en los grupos de empresas, viendo su legitimación concretada por la jurisprudencia del Alto Tribunal.

estos, en sus respectivos ámbitos; los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, así como las organizaciones afiliadas, federadas o confederadas a ellos, también en sus respectivos ámbitos; y, los sindicatos que, sin encuadrarse en ninguno de los supuestos anteriores, cuenten con al menos el 10% de los representantes unitarios de los representantes de las personas trabajadoras en el ámbito de convenio.

En los supuestos en los que la empresa carezca de convenio colectivo aplicable, el TS ha establecido a través de sus sucesivas resoluciones cual ha de ser el convenio colectivo aplicable, siendo estos: 1) aplicar el convenio que corresponda a la actividad principal o preponderante de la empresa multiservicios; 2) aplicar el convenio de la empresa principal o cliente; 3) aplicar el convenio sectorial que corresponda a la actividad objeto de la contrata (Martín, 2020; 67).

A raíz de la notable diferencia de poder en las relaciones laborales entre una persona trabajadora y empresa multiservicios, mucho mayor que entre una empresa no multiservicios y la propia persona trabajadora, el legislador debe compensar la misma. Optando por aplicar un principio básico de la legislación laboral de forma análoga, el principio de condición más beneficiosa. Siendo su fin último que en los casos en los que entre en conflicto que convenio colectivo le es de aplicación a una persona trabajadora de una empresa multiservicios, se aplicaría el más beneficioso para dicha persona trabajadora. Compensando de esta forma el desequilibrio flagrante de las partes en dicha relación laboral (Martín, 2020; 69).

## 6. Conclusiones

I.- El imprescindible papel del convenio colectivo como mecanismo armonizador y ordenador de las relaciones laborales, ha de ser cuidado y mantenido tanto por el legislador laboral como por los agentes sociales y por las partes de la relación laboral -empresa y representantes de las personas trabajadoras-. Ya que actualmente la misma no es efectiva ni eficiente para el conjunto de las nuevas formas de relaciones laborales, tendiendo estas, visos de ser predominantes. Por lo que se deberá posibilitar e incentivar una cultura de red, tanto a empresas como a personas trabajadoras, para lograr una efectiva acción colectiva y, por extensión, una eficacia mayor del derecho a la libertad sindical en su conjunto.

II.- Surge la imperiosa necesidad de reformular de forma íntegra lo contenido por el legislador en el art. 42 ET, con la finalidad de dotar de unos mayores instrumentos para garantizar los derechos de las personas trabajadoras, a lo que la negociación colectiva tal y como se entiende en la actualidad, no ha podido llegar.

III.- En relación con la representatividad empresarial y sindical en las empresas red —y sobre todo cuando existe el tinte de transnacionalidad—, nos lleva a una propuesta de *lege ferenda* al legislador en relación a la modificación del Título III del ET a la hora de dar legitimación negocial a los representantes.

## 7. Bibliografía

- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2017), *El futuro del trabajo vs. El trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la Industria 4.0*, A Coruña, Colex.
- DE LA VILLA, Luis Enrique (2010), «El concepto de empresario-empleador en el Derecho del Trabajo», Blasco Pellicer, A (coordinador), *El empresario laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel (2018), «Acción sindical en las redes empresariales», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *Impacto de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel (2019), «La innovación tecnológica en la acción sindical ante las nuevas realidades empresariales», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *La Construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo (2018), «La negociación colectiva de las empresas vinculadas en el marco de las redes empresariales integradas por las empresas multiservicios», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *Impacto de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- KREBS, Peter y JUNG, Stefanie (2017), «Estructura de gobernanza en redes empresariales», en Ruiz Peris, Juan Ignacio (dir.), *Claves del derecho de redes empresariales*, Valencia, Universitat de Valencia, 127-169.
- MARTÍN VALES, Priscila (2020), *Análisis jurisprudencial en los supuestos de subcontratación*, A Coruña, Colex.
- MERCADER UGUINA, Jesús, R. (2020), «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», *Trabajo y derecho*, 63.
- MONERO PÉREZ, José Luis (2018), «El empleador plural en las empresas multiservicios», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *Impacto de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- NIETO ROJAS, Patricia (2017), «La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios», *Revista de Información Laboral*, 7.
- ROJAS RIVERO, Gloria P. (2018), «La negociación colectiva en las redes empresariales», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *Impacto de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- ROJAS RIVERO, Gloria P. (2019), «La negociación colectiva ante las nuevas formas de trabajar», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *La Construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- ROQUETA BUJ, Remedios (2020) «Representatividad empresarial y negociación colectiva sectorial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 229.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio (2018), «Las redes empresariales como fenómeno económico y realidad jurídica», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *Impacto de las redes empresariales*, Granada, Comares.

- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2016), *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares.
- SOLÍS PRIETO, Carmen (2018), «Uniones Temporales de Empresas: implicaciones de un fenómeno de cooperación interempresarial carente de regulación en el ámbito laboral», Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Vivero Serrano, Juan Bautista (dir.), *Impacto de las redes empresariales*, Granada, Comares.
- SOLER ARREVOLA, José A., (2021), «Reflexiones sobre la negociación colectiva en las redes empresariales verticales y horizontales», *Revista Española de las Relaciones Laborales*, 238.

# PROSUMO, ALIENACIÓN Y EXPLOTACIÓN. REFLEXIONES EN TORNO AL TRABAJO DIGITAL

*Prosumption, alienation an exploitation. Reflections around digital labour*

MIKEL BARBA DEL HORNO\*

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, España

## RESUMEN

Las transformaciones digitales están teniendo una gran influencia en el ámbito del trabajo. El sociólogo George Ritzer ha propuesto una gran narrativa que defiende que estamos entrando en una nueva fase del capitalismo que él denomina capitalismo de prosumidores. En este nuevo estadio se estaría produciendo una creciente confusión entre las actividades de producción y consumo. Desde una perspectiva marxista, Christian Fuchs ha defendido, basándose en la Teoría del Valor Trabajo de Marx, que los prosumidores son trabajadores explotados.

Desde el punto de vista de muchos autores y autoras, en la era digital se estarían produciendo transformaciones importantes en los procesos de trabajo que estarían alterando la misma dinámica de acumulación del capital. En este artículo se presenta una propuesta teórica alternativa para tratar de comprender los nuevos fenómenos del trabajo digital que está basada en los conceptos de alienación y explotación y que defiende una continuidad con los procesos de transformación del trabajo que se encuentra en marcha desde los años setenta.

Palabras clave: trabajo digital, prosumidor, explotación, alienación.

## ABSTRACT

*Digital transformations are having a great influence in the field of labour. Sociologist George Ritzer has proposed a grand narrative arguing that we are entering a new phase of capitalism that he calls prosumer capitalism. In this new stage, there is a growing confusion between production and consumption activities. From a Marxist perspective, Christian Fuchs has argued, based on Marx's Labor Theory of Value, that prosumers are exploited workers.*

*According to many authors, in the digital age, important transformations in work processes would be taking place, and these transformations would be altering the dynamics of capital accumulation. This article presents an alternative proposal to understand the new phenomena of digital work, based on the concepts of alienation and exploitation, that defends a continuity with the labour transformation processes that started in the 1970s.*

*Keywords: digital labour, prosumer, exploitation, alienation.*

## LABURPENA

Berrikuntza digitalak lan arloan aldaketa handiak eragiten ditu. Honen harira, George Ritzer soziologoak narratiba handi bat proposatu du. Bere ustez, prosumer kapitalismoa bezala izendatzen duen etapa berri batean gaude murgilduta. Aro honetan, ekoizpen eta kontsumo jarduerak modu nahasian agertzen zaizkigu. Ikuspuntu marxista batetik, Christian Fuchs-ek prosumer-ak langile esplotatuak direla defendatu egin du, Marx-en lan balioaren teoria abiapuntu bezala erabilita.

Egile askoren arabera, aro digitalean lanaren eraldaketa nabarmena gauzatzen ari da eta, honek, kapitalaren akumulazioaren dinamika bera aldatu egiten du. Artikulu honetan lan digitalearen fenomenoak ulertzeko proposamen teoriko alternatibo bat aurkezten da. Alienazio eta esplotazio kontzeptuetatik abiatuta hirurogei ta hamarreko hamarkadetan hasi ziren lanaren eraldaketa dinamikekin jarraitutasuna dagoela defendatzen da.

Hitz Gakoak: lan digitala, prosumer, esplotazioa, alienazioa.

\* **Correspondencia a:** Mikel Barba Del Horno. Paseo Santsoena Auzoa, 26, Leioa (Bizkaia), España. — [mikel.barba@ehu.eus](mailto:mikel.barba@ehu.eus) — <https://orcid.org/0000-0002-4261-9843>

**Cómo citar:** Barba Del Horno, Mikel. (2021). «Prosumo, alienación y explotación. Reflexiones en torno al trabajo digital»; *Lan Harremanak*, 45, 184-207. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22812>).

Recibido: 15 mayo, 2021; aceptado: 09 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

El advenimiento de internet ha dado lugar a transformaciones importantes en el ámbito del trabajo. En los últimos tiempos, empresas como Uber, Cabify o Amazon a través de su proyecto del Mechanical Turk han sido vistos como graves amenazas para el sostenimiento de los derechos laborales. Los trabajadores de estas plataformas tienen por lo general trabajos más precarios, peor pagados, con requisitos de cualificación inferiores y con horarios flexibles en los que tienen un mayor peso de lo normal el trabajo nocturno y en festivos (OIT, 2019).

Además de esta tendencia a la precarización algunos autores han observado un proceso de creciente indefinición de la actividad laboral. Se ha recuperado para dar cuenta de ello un concepto que popularizó Alvin Toffler (1985) en los años 80; el prosumidor. Este neologismo que se crea a través de la contracción de las palabras productor y consumidor pretende dar cuenta de la creciente interrelación entre consumo y producción que provoca que, en ocasiones, sea difícil, si no imposible, distinguir ambos procesos. El concepto de prosumidor se ha erigido como uno de los constructos principales para explicar las transformaciones del trabajo en la era digital.

En este trabajo se hace una reflexión teórica en torno al concepto de prosumidor y su capacidad para dar cuenta de los procesos de transformación del trabajo. Comenzaremos analizando dos de las aportaciones centrales en torno a la teorización del prosumo en el capitalismo digital: la de George Ritzer y la de Christian Fuchs. Desarrollaremos la idea de que existe un abuso del concepto, en el sentido de que se ha aplicado a dinámicas laborales y económicas que pueden ser mejor comprendidas a través de otros conceptos con un mayor recorrido. La ludificación del trabajo y la extensión del prosumo como formas de organización laboral, aun teniendo cierta importancia, no deberían de eclipsar la continuidad que existe con etapas anteriores del capitalismo. Siguiendo esta idea, se expone un modelo de análisis alternativo del trabajo digital en base a los conceptos de alienación y explotación.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. En el primer apartado se repasa la propuesta teórica del capitalismo de prosumidores de George Ritzer. En el segundo se revisan algunos enfoques marxistas del concepto de prosumidor. En el tercer apartado se propone un esquema teórico alternativo basado en los conceptos de alienación y explotación que plantea la continuidad con las dinámicas de transformación del trabajo que se inician con la crisis del petróleo y las revoluciones del 68. En el cuarto apartado se aplica el esquema anterior a una tipología de trabajos digitales.

## 2. Hacia un capitalismo de prosumidores: la propuesta de George Ritzer

Una de las principales referencias en la investigación en torno al trabajo digital y el fenómeno de los prosumidores es el trabajo del sociólogo George Rit-

zer (2014, 2015a, 2015b). Este autor había trabajado anteriormente en el análisis de las transformaciones del trabajo basadas en modelos de racionalización de la producción, del que los restaurantes McDonald's eran el ejemplo arquetípico (Ritzer, 1996).

En esta serie de nuevos trabajos Ritzer aborda el análisis de lo que denomina el capitalismo de prosumidores. Como punto de partida, propone superar la división binaria entre producción y consumo y partir de la idea de que ambos son tipos ideales en el sentido weberiano y, por lo tanto, no aparecen en forma pura en el mundo real. En la realidad, consumo y producción son fenómenos que no aparecen nítidamente separados; las actividades de producción implican siempre el consumo de bienes mientras que, cuando consumimos, estamos también contribuyendo a la producción de lo consumido en la medida que incorporamos trabajo para que el producto sea utilizable.

Así, según Ritzer, las trabajadoras de una cadena de producción que emplean máquinas y materias primas estarían, además de produciendo un bien, consumiendo esos insumos en el proceso productivo. El consumidor de un producto, por su parte, realiza actividades de producción porque tiene que desplazarse para adquirir el producto llevarlo a su casa, abrir el paquete, etc. Como plantaremos más adelante, el problema de partir de una distinción entre consumo y producción basada en la actividad en sí puede dar lugar a una confusión entre los conceptos que efectivamente hace imposible distinguirlos.

En cualquier caso, Ritzer parte de que consumo y producción no existen de manera pura en la realidad y que estaríamos siempre ante diferentes tipos de prosumo; combinaciones variables con mayores o menores cantidades de producción y consumo. Establece así que las actividades de prosumo pueden situarse en un continuo en cada uno de cuyos extremos estaría una forma típico ideal. En el extremo más cercanos a la producción pura se situaría lo que Ritzer denomina prosumo-como-producción (p-c-p), mientras que en el extremo más cercano al consumo puro tendríamos el prosumo-como-consumo (p-c-c).

Ritzer defiende que, aunque los conceptos de producción y consumo eran parcialmente válidos en la era del capitalismo industrial, en las últimas décadas se han convertido en conceptos zombie (Beck, 2001); conceptos que seguimos utilizando por inercia pero que han perdido su capacidad para explicar la realidad. En la era de lo que Ritzer denomina el capitalismo prosumidor están ganando importancia actividades que escapan claramente de la dicotomía producción-consumo; Ritzer pone como ejemplo el modelo de autoservicio, las plataformas de internet y los nuevos negocios como Uber que conectan el mundo material con el digital.

Ritzer afirma que la predominancia del prosumo en el capitalismo actual nos sitúa en una nueva época. Nos propone, de esta manera, una gran narrativa

que define al capitalismo como un sistema que ha ido evolucionando históricamente desde un predominio de la producción hasta un predominio del prosumo. Ritzer distingue aquí tres estadios diferentes del sistema capitalista en los países desarrollados.

El capitalismo de producción se iniciaría con la industrialización y duraría hasta la Segunda Guerra Mundial. Esta etapa se caracteriza por el dominio de la producción y por el tipo de explotación centrada en el proceso de producción que Marx describió en el primer volumen de *El Capital* (Marx, 1981). La explotación del trabajo se basa en la extracción de la plusvalía, a saber, la parte del trabajo realizado por las personas trabajadoras que no les es remunerado.

La segunda etapa, el capitalismo de consumo, iría desde la Segunda Guerra Mundial hasta el fin del siglo xx, y estaría caracterizada por el predominio del consumo y el desarrollo de toda una serie de tecnologías orientadas a estimular la demanda. En este segundo periodo adquiere importancia la explotación de los consumidores basada en el poder de mercado de las empresas. Este poder se obtiene mediante la diferenciación del producto y el uso masivo de la mercadotecnia. Las empresas buscan crear necesidades artificiales en los individuos para que estos compren objetos que no necesitan y paguen precios superiores a los que corresponderían a los costes. Emerge de esta manera la figura del hiperconsumidor (Lipovetsky, 2010), que da sentido a su vida a través de los procesos de compra. En el capitalismo de consumo sigue existiendo la explotación ligada a la producción que conviviría con la explotación centrada en el consumo.

La tercera etapa, comienza en el siglo xxi cuando emerge un nuevo tipo de capitalismo, al que Ritzer denomina capitalismo prosumidor. Esta nueva etapa estaría vinculada a la revolución tecnológica que permite una creciente fusión entre los procesos de producción y consumo. En el capitalismo prosumidor la doble explotación de la etapa anterior se vuelve sinérgica; se dan los dos tipos de explotación en la misma actividad y al mismo tiempo. Las tecnologías de explotación del trabajo y del consumo se emplean también de manera sinérgica; de tal modo que el diseño tecnológico está orientado al ahorro de costes laborales no sólo aumentando la productividad de los trabajadores, sino también trasladando parte del trabajo a realizar a los consumidores, los p-a-c en términos de Ritzer.

Algunos opinan que los p-a-cs no están explotados porque obtienen un precio menor. Ritzer es crítico con esta idea. La explotación sinérgica no es un win-win. La tecnología la articulan las empresas con el objetivo fundamental de ahorrar costes laborales. Estas empresas tienen información sobre los costes que se ahorran con cada implementación y pueden ir modulando la tecnología para minimizar esos costes. Los prosumidores, por el contrario, carecen de la información sobre la cantidad de trabajo que están ahorrando las empresas y no saben si están siendo justamente recompensados por su labor.

Según Ritzer, aunque parece que los p-a-c no están alienados porque no muestran un rechazo hacia la actividad de prosumo, teóricamente estarían tan alienados como los p-a-p; están separados del proceso de consumo y de otros p-a-cs. La implicación principal de la implantación de estas tecnologías es que la explotación es mucho menos transparente en el caso de los p-a-c que en los p-a-p; se da de una manera que dificulta que sea percibida por parte de los agentes. Ésta es una crítica bastante común a los procesos digitales, por cuanto se supone que ocultan la realidad; los algoritmos han sido descritos como cajas negras que automatizan procesos sociales, ocultándolos además a los ojos de la mayoría de las personas (Pasquale, 2015).

Por lo tanto, los p-a-c estarían doblemente explotados y, además, no serían conscientes de ello porque su explotación se encuentra oculta tras un velo tecnológico. Ritzer propone aquí que se está produciendo crecientemente fenómenos que podría colocarse bajo la categoría de hiperprosumo, individuos que se ven crecientemente empujados a realizar actividades de prosumo como una forma de definir su identidad.

Ritzer ha respondido a aquellos que consideran que no existe explotación en el caso de los prosumidores. Estos críticos consideran que los prosumidores realizan el trabajo porque ellos quieren sin que exista ningún tipo de coerción ni la necesidad de vender su fuerza de trabajo para subsistir como en el caso de los proletarios asalariados. Ritzer opina que los prosumidores están siendo explotados porque no son conscientes de estar realizando un trabajo del que la empresa se apropia. Se trata del mismo razonamiento del velo tecnológico al que aludíamos anteriormente.

Quizás en este punto exista una tendencia a sobrevalorar la capacidad de los algoritmos de ocultar los procesos sociales; no podemos perder de vista que la mayoría de la gente que usa redes sociales es consciente de que están recopilando datos que se usarán con fines comerciales, aunque desconozcan el uso concreto que se les va a dar a dichos datos. La preocupación por la privacidad es un problema político al que se presta atención y que ha dado lugar a la creación de una cantidad importante de regulaciones en los últimos años. Por otro lado, se tiende a minusvalorar otro tipo de mecanismos de ocultamiento y legitimación de las relaciones de poder que existían antes del algoritmo y que tienen un carácter más cultural que tecnológico.

En cualquier caso, Ritzer cree que el capitalismo de prosumidores va más allá de las dinámicas relacionadas con el fetichismo de la mercancía y va a dar lugar progresivamente a un sistema donde no será necesario el control ni la coerción y los trabajadores harán el trabajo porque lo desean. Como no existe conciencia del proceso de prosumo y este se puede activar en cualquier lugar y momento, la explotación se puede extender a las 24 horas del día. Ritzer piensa también que este modelo tiene ventajas claras para las corporaciones, que tienen la posibilidad de ahorrar trabajo, lo que llevará a una progresiva extensión del modelo.

El trabajo de Ritzer resulta interesante, pero podrían hacersele varias críticas. En primer lugar, aunque Ritzer plantea la cuestión de la gran narrativa en un sentido weberiano, es decir, como una herramienta analítica más que como una realidad esencial, no deja de caer en un cierto epocalismo tecnológico (Morozov, 2012). Esta es una acusación que Eugeni Morozov ha vertido sobre muchos de los analistas de internet y que, básicamente, denuncia una tendencia a sobrevalorar los cambios sociales asociados a la emergencia de nuevas pautas tecnológicas y a minusvalorar la resistencia al cambio que ofrecen las dinámicas estructurales. Existe, desde este punto de vista, una tendencia a sustituir las categorías analíticas vigentes por otras nuevas que parecerían adaptarse mejor a la realidad empírica. Sin embargo, esto no es siempre así; la realidad social tiene dimensiones estructurales que presentan una importante resistencia al cambio, por lo que gran parte de los conceptos que se utilizaban hace uno o dos siglos siguen conservando un poder explicativo importante. Como veremos más adelante, el empleo del concepto de prosumidor como concepto articulador, lejos de facilitar una mejor comprensión teórica de los procesos de trabajo- producción y consumo puede contribuir a crear una mayor confusión.

### 3. Marxismos digitales: a vueltas con la teoría del valor

Otro trabajo interesante en torno al concepto de prosumidor y el trabajo digital es el que ha realizado desde el campo marxista Christian Fuchs. Fuchs ha tratado de recuperar las dimensiones comunicacionales que él cree que son centrales en el trabajo de Marx y que, según su punto de vista, han sido abandonadas por la mayoría de los teóricos marxista (Fuchs, 2019). Su teorización sobre el trabajo digital parte de la Teoría del Valor Trabajo (TVT) marxista y, por lo tanto, de la idea de que la extracción de la plusvalía se produce fundamentalmente durante el proceso de producción.

A diferencia de Ritzer, Fuchs considera que el capitalismo digital emerge como una suerte de subsistema que se integra en la unidad dialéctica mayor que constituye la totalidad del sistema capitalista. No existiría, desde este punto de vista, una ruptura con un capitalismo anterior. De hecho, Fuchs trata de explicar las dinámicas del capitalismo digital a partir de las categorías marxista tradicionales y las aplica a un nuevo tipo de trabajo, el trabajo digital.

Fuchs propone una tipología de trabajos digitales que se articulan en una División Internacional de Trabajo Digital (Fuchs, 2014). Describe así una serie de actividades insertas en contextos institucionales diversos y articuladas a través de diversas formas de organización del trabajo. La tipología abarcaría desde la extracción de los minerales necesarios para fabricar los dispositivos electrónicos hasta las tareas de diseño y programación que se desarrollan en Silicon Valley.

El punto de partida lo constituyen los trabajadores en condiciones de esclavitud que extraen minerales como el coltán en el Congo. Un segundo caso sería el de China, donde tendríamos procesos que son muy similares a los que se produjeron en la época de los cercamientos en Inglaterra, con unas masas ingentes de población que están siendo expulsadas del ámbito rural y acaban trabajando en las fábricas de ensamblaje de productos electrónicos. En el caso de la India se daría un nuevo tipo de imperialismo orientado a explotar una mano de obra cualificada, la de los trabajadores del software, a unos costes laborales muy inferiores a los de los países del centro. La división internacional del trabajo se hace presente también en los países desarrollados a través de tres modalidades diferentes. Una sería la de los trabajadores precarios de los *call centers* que respondería a una organización taylorista del trabajo basada en el control. Fuchs recurre también, al concepto marxista de aristocracia obrera para referirse a los trabajadores cualificados y altamente remunerados de empresas como Google. La tercera categoría correspondería a los prosumidores; usuarios de redes sociales que en su proceso de consumo de los productos comunicacionales que ofrecen las plataformas están realizando un trabajo de producción de datos y están, por lo tanto, generando un valor. Como no reciben remuneración alguna por este trabajo los prosumidores están generando una plusvalía y, en consecuencia, están siendo explotados.

Uno de los debates del marxismo que recupera Fuchs en este punto es el que distingue entre trabajo productivo, el que genera valor a través de la producción de mercancías, y trabajo improductivo, el que sirve para sostener el sistema, pero que no genera valor (Fuchs, 2015). Desde una visión ortodoxa de la teoría del valor, quizás la más fiel en la letra a Marx, sólo el trabajo asalariado sería trabajo productivo. Esta visión ha sido puesta en cuestión desde el campo marxista feminista que ha defendido el carácter productivo del trabajo doméstico ya que produce una mercancía, en este caso la fuerza de trabajo, de manera que las mujeres están triplemente explotadas en el capitalismo; explotadas por los hombres en la estructura familiar, por el capital en cuanto amas de casa y explotadas en el proceso productivo si ejercen trabajo asalariado (Mies, 1998).

Según Fuchs, el trabajo de los prosumidores es también trabajo productivo por el mismo motivo. Aunque no sea trabajo asalariado está generando un valor y, por lo tanto, los prosumidores están siendo explotados. Ante quienes ponen en cuestión esta explotación porque el usuario de redes sociales hace esa actividad con satisfacción y sin ser remunerado Fuchs utiliza dos argumentos. Por un lado, la tecnología constituye un velo que impide al prosumidor tomar conciencia de que está siendo explotado. Parece que las redes sociales benefician a sus usuarios, pero en realidad, en el mismo momento del uso, se está llevando a cabo un proceso de producción de una mercancía (Fuchs, 2014, p. 261). El segundo argumento plantea que existe coerción para que los usuarios trabajen produciendo datos, porque si el usuario de redes se niega a trabajar, es decir, a

usar las redes, es privado de un servicio que se ha convertido en un elemento básico de articulación de las necesidades de comunicación de las personas. El primer argumento es muy recurrente en los estudios de fenómenos diversos en internet como mencionábamos anteriormente. El segundo es un argumento interesante porque nos plantea la posibilidad de que exista coerción tras una fachada de libertad de elección; pero no está necesariamente relacionado con la existencia de trabajo; puede existir coerción sin que exista trabajo en un sentido capitalista. En este caso, puede existir coerción para que el usuario ceda sus datos a la compañía que gestiona la plataforma.

Una visión alternativa es la que considera que las plataformas no obtienen los beneficios de la explotación laboral de los usuarios, sino que estarían obteniendo una renta por la monopolización de un recurso escaso, de un bien común, en este caso la información generada por el intelecto colectivo (Pasquinelletti, 2009). Fuchs no comparte este punto de vista, porque si nos atenemos a una definición marxiana estricta de la renta esta sólo se genera a partir de aquellos activos como los recursos naturales que están sujetos a una escasez que proviene de límites físicos y que no pueden producirse a través del trabajo. Como la información puede producirse a través de trabajo, no sería un recurso natural y no generaría rentas y el beneficio provendría de la explotación del trabajo. Como veremos más adelante, la TVT no contempla que puedan existir monopolios en aquellos bienes que se producen a través de trabajo y no están sujetos a límites naturales porque parte de la idea de que en el capitalismo siempre existe competencia.

Llegados a este punto podríamos plantearnos si es necesario considerar como trabajo la actividad que realizan los usuarios de redes sociales y que ventajas supone para el análisis y para la práctica política. La opción de Fuchs, reconocer la actividad en redes sociales como trabajo, se ve condicionada, como el mismo reconoce, por la voluntad de crear una unidad de acción política entre trabajadores de las plataformas y usuarios. Al ser dos colectivos que comparten la condición común de explotados, una condición situada además en la infraestructura, que para muchos marxistas es la base a partir de la cual se erige la superestructura cultural, ideológica y política; estos colectivos están llamados a desarrollar una conciencia de clase común que los articule en una lucha colectiva como sujeto revolucionario.

El problema aquí es que la aparición de una unidad política entre estos colectivos pasa más por que sean capaces de articular políticamente unas demandas comunes que por que ambos compartan la condición de explotados en base a la TVT. Como ha mostrado la historia social británica (Stedman, 1989; Thompson, 2012), la emergencia política de las clases sociales responde a procesos que se desarrollan en la arena política y que articulan a grupos que, en ciertos aspectos, pueden tener intereses divergentes.

#### 4. Explotación, alienación y trabajo digital

Para clarificar los procesos que se dan en torno al trabajo digital debemos partir de una definición lo más precisa posible de lo que es trabajo y lo que lo diferencia del consumo. Es cierto que no resulta sencillo separar las actividades de producción y consumo de una manera estricta. Como afirma Ritzer, en los procesos de producción se consumen materiales, maquinaria y trabajo humano. Sin embargo, si bien no podemos establecer una distinción estricta entre lo que es trabajo y lo que es consumo, si nos fijamos únicamente en la actividad en sí, esta distinción aparece mucho más clara si tenemos en cuenta la significación social de las actividades. El trabajo sería una manera de generar los recursos materiales e inmateriales necesarios para satisfacer las necesidades humanas. Realizamos trabajo porque existen una serie de necesidades sociales que requieren diferentes bienes y servicios para ser satisfechas y estos bienes y servicios necesitan ser producidos. Por lo tanto, cuando realizamos trabajo, no buscamos satisfacer nuestras necesidades en ese momento, sino que lo hacemos para obtener los recursos (productos o salario) que nos permitan satisfacer nuestras necesidades o las necesidades de otros, en un momento posterior<sup>1</sup>.

Es cierto que existen ciertas actividades en las que consumo y producción aparecen mezcladas, pero no serían tan numerosas como las que plantea Ritzer. Desde este punto de vista, el trabajo que se realiza en una fábrica, aunque implique el consumo de materiales, caería dentro de la esfera de la producción porque las personas trabajadoras no realizan ese trabajo porque satisfaga sus necesidades sino para obtener los ingresos necesarios para satisfacerlas por otros medios.

Ritzer parte de que la fusión entre producción y consumo en los procesos de consumo es algo universal a todas las sociedades (Ritzer, 2014). Sin embargo, el uso de conceptos específicos para tratar de comprender el capitalismo puede resultar útil, ya que estamos ante un sistema económico que tiene como característica principal el hecho de que, bajo el capitalismo, el trabajo se convierte en una mercancía. Los procesos sociales que llevaron a la creación de los mercados de trabajo, además de generar importantes resistencias (Polanyi, 2016), tiende a separar el trabajo del resto de actividades sociales<sup>2</sup>.

La disciplina fabril encierra el proceso de trabajo entre cuatro paredes y posibilita que el capitalista organice la producción con el objetivo de maximizar la plusvalía que extrae de los trabajadores. Esta es la explotación que describe Marx en el vo-

---

<sup>1</sup> Como veremos más adelante, algunas de las estrategias de organización del trabajo que se han puesto en marcha en las últimas décadas tienen como objetivo principal aumentar la explotación a través de la presentación del trabajo como un fin en sí, capaz de satisfacer necesidades, en lugar de como un medio que nos permita obtener los recursos necesarios para poder satisfacer dichas necesidades.

<sup>2</sup> Ritzer tiene en cuenta este proceso; pero plantea la emergencia del capitalismo prosumidor constituye una especie de eterno retorno nietzscheano a la situación previa a la revolución industrial.

lumen I del capital. Sin embargo, la crisis del modelo fordista vuelve, a partir de los años ochenta, a romper las barreras de la fábrica y a extender el proceso de acumulación de capital hacia espacios sociales cada vez más indefinidos. En un momento en que el conocimiento, tal y como había previsto Marx, se convierte en una de las dimensiones fundamentales de la competencia (Fuchs, 2019), el control taylorista del proceso de producción empieza a mostrar sus límites. El proceso de control del trabajo inmaterial es difícil de materializar a través de las cadenas de producción de la fábrica fordista y requiere implementar nuevas tecnológicas organizativas que traten de controlar al trabajador no ya a través de mecanismos de coerción sino consiguiendo que interiorice los valores y los objetivos de la empresa. La teoría de las necesidades de Abraham Maslow (1991), la teoría X-Y de Douglas McGregor (1996), o la teoría Z de William Ouchi (1981) se convierten en referencias en las escuelas de negocios que tratan de generar ese nuevo espíritu del capitalismo (Boltanski y Chiapello, 2002) que empuja al trabajador a buscar la autorrealización a través del trabajo. Se trataría aquí de que el trabajador se convirtiera en su propio supervisor, de ganar la subjetividad del trabajador para la causa de la empresa.

Vemos aquí que fenómenos asociados a lo digital como la ludificación del trabajo no serían totalmente novedosos desde un punto de vista conceptual y entroncan perfectamente con las técnicas de organización de la empresa que se implantan a partir de los años ochenta como una forma de gestionar el trabajo inmaterial (Lazzarato, 1996) y, como una forma, también, de neutralizar lo que Boltanski y Chiapello denominan la crítica artista del sistema productivo (Boltanski y Chiapello, 2002). La crítica artista, vinculada a las revoluciones del 68, ponían en primer plano que los procesos productivos capitalistas eran alienantes porque impedían la autorrealización personal.

Deberíamos plantear, llegados a este punto, qué conceptos podría ser adecuados para dar cuenta de estas nuevas modalidades de trabajo que están tomando creciente importancia con el advenimiento de la era digital. Trataremos de hacer este trabajo teórico partiendo de algunos conceptos que tienen un largo recorrido dentro del pensamiento marxista; en concreto los conceptos de alienación y explotación. No se trata de conceptos que tengan una única acepción dentro del campo marxista, ni siquiera de la obra del propio Marx, por lo que vamos a tratar de clarificar el sentido que le daremos en este trabajo.

#### 4.1. Trabajo explotado

Para Marx una persona es explotada si realiza una cantidad de trabajo mayor que el trabajo necesario para producir los bienes que consume. Para explicar cómo se produce la explotación bajo el sistema capitalista, un sistema en el que los individuos no son objeto de una coerción física directa para que trabajen, Marx desarrolla una teoría del valor-trabajo que a través del concepto de plusvalía explica como en el proceso productivo los capitalistas se apropian de parte del trabajo realizado por

los trabajadores. La TVT es una herramienta analítica que trata de desvelar lo que el fetichismo de la mercancía mantiene oculto, que el capital no es una cosa sino una relación social a través de la cual el capitalista se apropia del trabajo del obrero.

Además de explicar este mecanismo de explotación, la TVT pretende explicar los precios de las mercancías en base al valor trabajo que llevan incorporado. Si bien en el caso del mecanismo de explotación del proceso productivo la teoría logra su objetivo, en el caso de la explicación de los precios los resultados son más limitados. La teoría del valor-trabajo (TVT) ha sido puesta en cuestión no solamente desde el campo liberal (Böhm-Bawerk, 1949), sino también desde el campo marxista. Desde el denominado marxismo analítico se han planteado teorías de la explotación que no están basadas en la TVT (Elster, 1991; Roemer, 1989) y que emplean herramientas de la economía ortodoxa para demostrar que la explotación en el capitalismo se produce también en condiciones de libre competencia.

En este trabajo se comparte esta visión crítica porque, para que la TVT nos sirva para explicar los precios de mercado, se tienen que dar condiciones de libre competencia que no son la norma en la economía actual. La existencia de intercambio desigual destruye las potencialidades de la TVT como teoría analítica. El intercambio desigual implica que existe una desviación sistemática de los precios respecto a los valores con lo cual los valores perderían gran parte de su capacidad explicativa de las dinámicas económicas visibles; es decir, de los precios.

La existencia de competencia en los mercados era un supuesto razonable en la época en la que Marx formula su teoría del valor. De hecho, Marx trataba de demostrar que en un sistema de libre competencia también se produce explotación. Sin embargo, en el capitalismo actual la TVT no serviría para explicar los precios por varios motivos. En primer lugar, la creciente concentración de capital a lo largo del último siglo y medio ha llevado a algunos autores marxistas a plantear que nos encontramos en una fase monopolista del capitalismo (Baran y Sweezy, 1988). Las innovaciones tecnológicas también crean monopolios temporales (Schumpeter, 1996) que permiten que los precios de los productos no se correspondan con la cantidad de trabajo incorporado. La estructura del comercio mundial dividida en países centrales y periféricos da lugar a que se produzca intercambio desigual que traslada el grueso de la explotación a los países periféricos (Emmanuel, 1980). Por último, la importancia del trabajo inmaterial (Lazzarato, 1996) y de mercados de trabajo segmentados (Doeringer y Piore, 1985) implica grandes diferencias salariales entre sectores que provocan, a su vez, fenómenos de intercambio desigual.

La existencia de competencia imperfecta implica, por lo tanto, que se puede dar intercambio desigual y, por lo tanto, explotación a través del mercado y no solamente en el proceso productivo a través de la extracción de la plusvalía. El intercambio desigual supone una transferencia de la plusvalía hacia la empresa que vende a un precio superior al valor-trabajo incorporado a su producto.

Desde este punto de vista, aunque admitamos que es difícil explicar la estructura de precios en base a la TVT, se puede mantener, sin embargo, la TVT como base para una teoría normativa de la explotación que, según Elster, también está presente en la obra de Marx; a saber, que cada agente debería recibir medios de vida en proporción a la cantidad de trabajo que ha aportado es decir al valor que ha generado<sup>3</sup>.

Abandonar la TVT como herramienta analítica y considerarla únicamente como un referente normativo en base al cuál determinar los grados de explotación nos sirve también para superar la dicotomía trabajo productivo- trabajo improductivo. Desde este punto de vista, todo trabajo, como actividad orientada a generar los medios de vida necesarios para la satisfacción de necesidades humanas, es productivo, independientemente de que se haga para el mercado o para producir bienes para el autoconsumo. De esta manera, el trabajo doméstico sería tan productivo como el trabajo asalariado.

#### 4.2. Trabajo alienado

John Elster distingue dos sentidos diferentes del concepto de alienación en Marx (Elster, 1991). En la obra temprana de Marx, la alienación aparece descrita como un estado psicológico. En sus *Manuscritos económico - filosóficos* Marx define la alienación como un sentimiento subjetivo de falta de control sobre el proceso de trabajo. Esta alienación subjetiva impide la autorrealización del individuo a través del proceso de trabajo, el individuo percibe que el proceso productivo no tiene sentido y que no tiene ninguna capacidad de control sobre el mismo.

Por el contrario, en *El capital*, que pertenece a la obra tardía de Marx, la alienación es una dimensión estructural; el trabajador está alienado respecto a los medios de producción, no es consciente de que el capital es trabajo muerto que no genera valor y es, por lo tanto, incapaz de ver que está siendo explotado, es incapaz de percibir que la ganancia del capitalista proviene del valor generado por su propio trabajo (el del obrero)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Elster plantea que esta teoría presenta también algunos problemas conceptuales, por ejemplo, el carácter heterogéneo del trabajo.

<sup>4</sup> La diferencia entre la obra temprana y madura de Marx fue también uno de los ejes del trabajo de Louis Althusser. Althusser considera que la primera etapa de Marx está muy influida por Hegel y que, en ella Marx no ha conseguido todavía salir de un esquema humanista que es, en gran medida, idealista. La noción de alienación subjetiva que hemos expuesto anteriormente se correspondería a este período de juventud de Marx. Por el contrario, Althusser considera que la postura del Marx maduro en *El capital*, rompe con esa concepción idealista e introduce un punto de vista estructural centrado en las relaciones de producción. En este contexto la ideología sería fruto de la posición social de los individuos, una entidad que los atraviesa y les impide ver la naturaleza real de las relaciones de producción en las que están insertos (Althusser, 1987).

El primer concepto de alienación genera un malestar que impulsa la movilización del obrero contra el capital, el segundo tipo, por el contrario, dificulta dicha movilización porque oculta la naturaleza de la explotación (Elster, 1991, p. 127). Denominaremos al primer tipo de alienación, alienación subjetiva y al segundo alienación objetiva.

La que Boltanski y Chiapello denominan crítica artista del capitalismo combate la alienación subjetiva, es decir, la alienación entendida en el sentido en el que la entendía el joven Marx. La crítica del proceso de trabajo como proceso alienante que se articula a partir de las revoluciones de 68 y de trabajos como los de la escuela de Frankfurt, va a generar innovaciones en los modos de organización del trabajo que van a conseguir darle la vuelta a la crítica, asimilarla y utilizarla para hacer frente a uno de los problemas de la organización del trabajo en el contexto de un nuevo capitalismo cognitivo o informacional; a saber, como hacer frente al problema del control del trabajo intelectual que no se presta a ser controlado por los métodos tayloristas tradicionales.

Es un debate interesante el que se genera en este punto. ¿Está realmente alienada una persona que realiza un trabajo bajo el impulso de su propia motivación sin necesidad de que existan mecanismos de coerción? Desde el punto de vista de la alienación subjetiva no; el trabajador percibiría sentido en el trabajo que realiza y además tendría un mayor control sobre el mismo, por lo tanto, su alienación subjetiva disminuiría. Sin embargo, desde el punto de vista de la alienación objetiva, tenemos que el trabajador es menos consciente de que está siendo explotado; ni siquiera sería necesaria la coerción para conseguir extraer la plusvalía del trabajador porque éste ha asumido las motivaciones ligadas al proceso de acumulación como motivaciones propias. Estas son condiciones más propicias para que la explotación sea mayor. Vemos, por lo tanto, que, bajo ciertas circunstancias, la alienación subjetiva y la objetiva están negativamente correlacionadas.

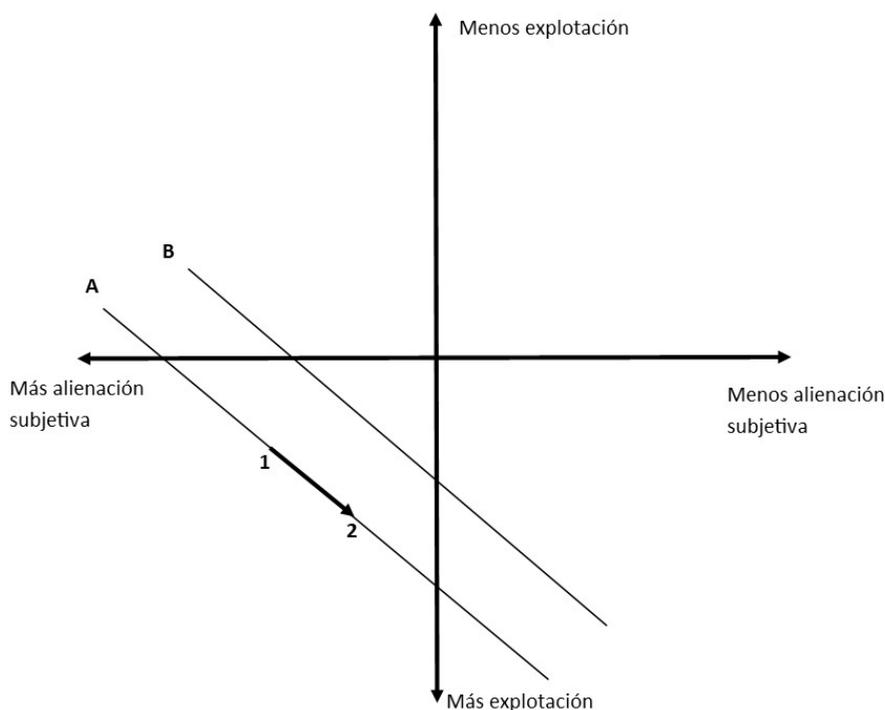
La alienación subjetiva genera rechazo y hace que el trabajador tienda a rebelarse contra la organización del proceso productivo, trabajando lo mínimo posible en ausencia de control, exigiendo una mayor remuneración, etc. Esto disminuye la alienación objetiva porque en esas circunstancias el trabajador estará más dispuesto a articular reivindicaciones respecto al salario o las condiciones de trabajo y, por lo tanto, es más consciente de que está siendo objeto de explotación.

Un modo de organización del trabajo que consiga reducir la alienación subjetiva, por el contrario, aumentará la motivación del trabajador, reducirá su grado de resistencia ante el proceso de productivo y probablemente consiga establecer un mayor grado de explotación.

En definitiva, tenemos que la alienación subjetiva tiende a estar negativamente correlacionada con el grado de explotación mientras que la alienación

objetiva tiende a estarlo positivamente. Las técnicas de organización de recursos humanos de las que hablábamos anteriormente (Maslow, Ouchi o McGregor) van orientadas a que los trabajadores encuentren satisfactores (Max-Neef, 1993) en el desarrollo de sus labores y, de esta manera, aumenten su motivación (reduzca su alienación subjetiva) y estén dispuestos a que se les explote más.

Figura 1  
Diagrama de la relación entre explotación y alienación subjetiva



*Fuente:* elaboración propia.

La figura 1 trata de recoger esta hipótesis de relación entre alienación subjetiva y explotación. Es importante resaltar aquí que no debemos entender la condición alienado-no alienado como una dicotomía, sino más bien, como un continuo; se puede estar más o menos alienado. De la misma manera, se puede estar más o menos explotado dependiendo de que la tasa de plusvalía sea mayor o menor.

Las dos rectas A y B serían rectas isobienestar. Todos los puntos de una recta isobienestar proporcionan la misma satisfacción al trabajador. Si comparamos los puntos 1 y 2 vemos que en el punto 1 el trabajador se encuentra en un mayor grado de alienación subjetiva, pero está menos explotado. Si se introducen técnicas del trabajo que traten de aumentar la motivación del trabajador y éste le empieza a encontrar sentido al trabajo, empieza a identificar sus intereses con los de la empresa, es probable que el trabajador esté dispuesto a trabajar más y a intensificar el trabajo a pesar de que no le suban el salario. Pasaría de esta manera del punto 1 al 2, donde teniendo el mismo grado de satisfacción, está siendo más explotado y tiene un menor grado de alienación subjetiva.

## 5. Una tipología del trabajo (y del no trabajo) en el capitalismo digital

Partiendo de lo expuesto en el anterior apartado vamos a ver como se articulan las dimensiones de la alienación y de la explotación en los nuevos trabajos que surgen en torno a la automatización y digitalización de los procesos de producción y consumo. Partimos de una tipología que no pretende ser exhaustiva; existen muchos otros trabajos relacionados con el capitalismo digital. Algunos de ellos están recogidos en la tipología de Fuchs (Fuchs, 2014) expuesta anteriormente. Nos centramos aquí en actividades que presentan algún grado de novedad en su configuración como proceso de trabajo, en concreto, aquellas actividades que podrían ser susceptibles de encajar bajo la categoría de prosumo. Así, dejamos de lado trabajos como la producción de hardware que, a pesar de producir productos novedosos relacionados con lo digital, mantiene unos procesos de trabajo similares a los de los esquemas tayloristas (Fuchs, 2014).

Nos hemos centrado en actividades que se realizan sobre todo en países del centro, aunque muchos de estos trabajos ya se están dando o se irán dando en los próximos años en los países periféricos. Los cuatro tipos de trabajo digital que vamos a analizar son: el autoservicio en los procesos de compra, la generación de datos por parte de los usuarios en las redes sociales, el caso de los trabajadores *uberizados* y los creadores de contenidos para plataformas digitales.

### 5.1. Autoservicios y más: cómo poner a los consumidores a trabajar

Lo que se ha venido a llamar «poner a los consumidores a trabajar» es una técnica de reducción de costes que no es exclusiva de los negocios digitales, pero a la que el crecimiento del comercio digital ha dado un impulso significativo. Como apuntaba Ritzer (2015b) empresas como IKEA trasladan parte de sus procesos de producción al consumidor: el consumidor tiene que buscar los productos en la tienda, bajar al almacén, cargarlos, llevarlos a su domicilio y finalmente montarlos. Los costes laborales que implica el proceso de producción de

un mueble se reducen de forma significativa. El caso de los portales de compra en internet, como Amazon, suponen también un ahorro importante de trabajo para las compañías que no tiene que desarrollar muchas de las actividades de exposición del producto, reposición y almacenamiento y acumulación de stocks que realizaban anteriormente.

Desde un punto de vista liberal marginalista, si los consumidores aceptan realizar todos estos trabajos es porque se están viendo compensados de alguna manera; en caso contrario la competencia beneficiaría a la empresa que no pudiese a trabajar a los consumidores. El punto de vista de Ritzer es, como comentábamos anteriormente, que estos prosumidores están siendo explotados porque desconocen los costes que se ahorra la empresa por esta vía y, por lo tanto, son incapaces de negociar una reducción de precios que justifique el ahorro de trabajo por parte de la empresa. Estaríamos ante algo muy similar a la alienación objetiva de la que hablábamos anteriormente; se crea un velo que impide ver que el valor del producto se está generando en parte por el trabajo del propio prosumidor y no por la empresa.

En este punto surge una duda. ¿es el concepto de prosumidor suficiente para explicar el fondo del asunto o solamente nos aporta una función descriptiva del tipo «el consumidor también aporta trabajo»? Por otro lado, tampoco parece que el fenómeno sea nuevo. En gran cantidad de productos -léase los alimentos, por ejemplo -, el consumidor tiene que realizar trabajo en el ámbito doméstico (cocinar) para poder consumir el producto.

La lucha social para que el ámbito doméstico asuma una parte creciente del trabajo necesario para reproducir la sociedad ha sido, de hecho, el tema central de la economía feminista marxista (Federici, 2014; Mies, 1998). Tenemos, por lo tanto, un aparato teórico que quizás nos permita comprender mejor el fenómeno que el propio concepto de capitalismo de prosumidores. Es relevante en este sentido también la aportación realizada por Gershuny y Pahl (1979) donde ya proponían que en la década de los setenta se estaba produciendo un importante traslado del trabajo al ámbito doméstico, cómo las familias adquirían crecientemente bienes de capital (electrodomésticos) para realizar trabajo doméstico en lugar de adquirir servicios domésticos en el mercado<sup>5</sup>.

Así, los procesos de compra podrían enclavarse dentro de los trabajos domésticos. En este sentido el crecimiento de actividades de autoservicio enfocadas a poner a los consumidores a trabajar tendría como objetivo cargar parte del tra-

---

<sup>5</sup> Estos autores plantearon también que se estaba produciendo un aumento de la economía sumergida como consecuencia entre otras cosas de un mercado laboral crecientemente inseguro que condenaba al desempleo a una parte importante de las personas activas. El papel de la precariedad y el desempleo crónico en el aumento de los empleos de falso autónomo de los que se nutren las plataformas tampoco debería ser desatendido.

bajo de mercado de las empresas sobre las espaldas del trabajo doméstico. Ritzer explica bien el proceso de implementación de estos sistemas por parte de las empresas en el marco de una teoría de la racionalización inspirada por Max Weber (Ritzer, 1996). Sin embargo, esta teoría explica por qué las empresas aplican estos procesos, pero no por que los consumidores los aceptan sin resistencias.

El concepto de alienación nos podría resultar útil para dar una explicación. La mercadotecnia no sólo crea deseo respecto a un producto también lo puede crear en torno a una marca, una empresa e, incluso, en torno al procedimiento de compra. Si consideramos el proceso de compra como parte del trabajo doméstico, las técnicas de ludificación o la publicidad pueden hacer aparecer este trabajo como algo que tenga sentido para el consumidor, más allá de que el trabajo sea necesario para consumir el producto. A pesar de que el trabajo doméstico es un trabajo que implica, en principio, una alienación menor que el trabajo asalariado en una empresa, estas técnicas pueden contribuir, a través de la aprehensión de la subjetividad del consumidor, a reducir la alienación subjetiva, a aumentar la alienación objetiva (el trabajador pierde la noción de que está realizando un trabajo) y, por lo tanto, a aumentar la explotación, es decir, a aumentar la cantidad de trabajo que el consumidor está dispuesto a realizar sin remuneración ni disminución de precio.

## 5.2. Usuarios de plataforma: la mercantilización de la privacidad

Desde la concepción del trabajo que hemos expuesto en el apartado anterior, los usuarios de redes sociales (en tiempo de ocio) no estarían realizando un trabajo sino consumiendo. La actividad que realizan no se hace como un medio para satisfacer las necesidades propias o ajenas, sino porque la propia actividad satisface las necesidades, de comunicación o entretenimiento, de la persona que la realiza. La actividad de consumo contribuye a la producción de una mercancía, en este caso los datos, de un modo similar a como el llevar una camiseta de marca por la calle contribuye a hacer publicidad para una empresa. El proceso de generación de datos requiere trabajo, pero este trabajo se da dentro de la propia compañía e implicaría todas las tareas necesarias para que la plataforma esté lista para ser usada.

En cualquier caso, lo que sí que está haciendo el usuario, consciente o inconscientemente, es mercantilizar su privacidad, pagando con sus propios datos por el derecho a usar un servicio informático. Algunos autores han planteado que este proceso tiene similitudes con los procesos de privatización y mercantilización de los bienes comunes que se dieron en los inicios del capitalismo industrial. En este caso el bien común sería un intelecto general, todo el conjunto de la información generada por la humanidad en sus interacciones comunicativas, que es apropiado por las plataformas que lo utilizan para generar rentas (Pasquilli, 2009).

La pretensión de Fuchs de definir la actividad en redes sociales como trabajo tiene como objetivo unir a usuarios y trabajadores de las plataformas en una lucha revolucionaria que destruya el poder de estas grandes empresas. Para ello, como buen marxista que piensa que la explotación compartida lleva a una conciencia de clase compartida y, ésta, a la movilización política, necesita que usuarios y trabajadores estén siendo explotados en los términos de la TVT.

Sin embargo, la conciencia de la explotación no es el único resorte que puede activar una movilización política contra estas corporaciones. De hecho, en términos puramente pecuniarios el usuario puede ver el intercambio como un proceso simbiótico: la empresa gana dinero con mis datos, pero yo gano el uso gratuito de un servicio. Incluso aunque consideremos que el usuario está trabajando, si ello no le supone ningún tiempo ni esfuerzo y le reporta un beneficio —el uso gratuito del servicio—, no parece que su supuesta condición de explotado teórico en base a la TVT vaya a empujarle a rebelarse contra esa situación.

Sin embargo, si consideramos el proceso de producción de datos como un proceso que, por un lado, al mercantizarla, pone en riesgo la privacidad de los usuarios y, por otro lado, está contribuyendo a la privatización, o la acumulación por desposesión (Harvey, 2007) de un bien común, el intelecto general; tenemos que las posibilidades de movilización fuera de la lógica de la TVT no son para nada desdeñables. Los usuarios pueden movilizarse para defender su derecho individual a la privacidad y también pueden movilizarse para defender el derecho colectivo al conocimiento. Pueden movilizarse también para evitar que la lógica mercantil impregne todo un espacio de interacciones, internet, que se ha convertido en un espacio central para la comunicación humana, y para la actividad humana en general. En lo que algunos autores han denominado capitalismo de la vigilancia (Zuboff, 2019), la mayoría de las comunicaciones de internet deben hacerse por medio de plataformas privadas que monitorean la privacidad, generando un capital cultural objetivado privado (los datos) que les otorga importantes ventajas en numerosos campos sociales (Barba del Horno, 2020). La recuperación de ese espacio social como espacio público es un proyecto en el que no solamente pueden coincidir usuarios y trabajadores de las redes sociales sino mayorías sociales amplísimas.

Vemos pues, que tenemos numerosas herramientas y conceptos para comprender estos procesos nuevos, por lo que considerar a los usuarios de las redes sociales como prosumidores explotados en base a la TVT puede oscurecer el problema de fondo en lugar de aportar luz para hacerle frente.

### 5.3. Trabajadores uberizados: control digital mediante la plataforma

Uno de los temas relacionados con el trabajo digital que más de actualidad ha estado en los últimos tiempos es el de los trabajadores de plataformas de lo

que, en ocasiones ha sido denominado como trabajo colaborativo. Estamos hablando de los trabajadores de empresas como *uber*, *just eat*, *glovo* o *deliveroo*, cuya forma de organizar el trabajo está provocando transformaciones significativas en el terreno laboral (Rosenblat, 2018). En este caso, uno de los problemas a nivel jurídico ha sido el de la contratación de trabajadores dependientes en fraude de ley como falsos autónomos. En este caso, el problema se deriva de que la novedad de la gestión del trabajo a través de plataformas ocultaba parcialmente el carácter dependiente de los trabajadores. Como las labores de control estaban programadas a través de algoritmos eran menos visibles, lo que llevó a las empresas a tratar de no reconocer a sus trabajadores como asalariados y privarles, por lo tanto, de toda la protección que ofrece el derecho laboral.

Se ha planteado aquí también la función de ocultamiento del algoritmo, que velaría el proceso de explotación del trabajo. Una vez más no parece que este argumento sea demasiado convincente. Al igual que en el caso de los perceptores de ayudas sociales (Eubanks, 2018), los afectados por los algoritmos, en este caso los trabajadores uberizados, son los primeros en darse cuenta de su funcionamiento, deduciéndolo de sus efectos.

Al margen de este problema derivado de la indefinición jurídica de las actividades y de un proceso más amplio de terciarización que se remonta varias décadas atrás, deberíamos preguntarnos en qué medida transforman el trabajo estos procesos de automatización digital. Si nos atenemos a la transformación sobre los empleos vemos que lo que ahorra fundamentalmente es trabajo de control. Las labores de control se trasladan a una aplicación que tiene además la virtud de ser ubicua. De ahí que la organización y supervisión del trabajo en base a algoritmos haya sido importante, sobre todo, en trabajos de reparto donde el control de los trabajadores es complicado con los métodos tradicionales de supervisión.

En cuanto a las características de los empleos *uberizados*, se trata predominantemente de empleos que no requieren cualificación y que soportan grandes niveles de explotación y de alienación subjetiva (Glavin *et al.*, 2020), circunstancias exacerbadas por el hecho de que los trabajadores están solos la práctica totalidad del tiempo de trabajo y mantienen poco o nulo contacto con sus compañeros. Cabría preguntarse en qué medida la *uberización* puede contribuir a una mayor descualificación profesional (Braverman, 1975), lo que reduce el poder de negociación de los trabajadores, y en qué medida la ludificación de este tipo de trabajos puede contribuir a una reducción de la alienación subjetiva y, por lo tanto, a una mayor explotación.

#### 5.4. Trabajo autónomo digital: entre la autoexplotación y el éxito profesional

Por último, tendríamos el caso de los creadores de contenidos para las plataformas online. En este caso y a diferencia de los usuarios de redes sociales

existe una vocación de realizar un trabajo de forma profesional o de realizarlo de forma no remunerada o parcialmente remunerada, pero con la intención de generar contenidos que son puestos a disposición del público.

Se trata de una actividad que los usuarios suelen desarrollar, en ocasiones, con gusto y con un alto grado de autonomía por lo que cabría decir que implica bajos niveles de alienación subjetiva. Esta circunstancia provoca que los creadores de contenidos puedan invertir mucho tiempo y recibir, a cambio una remuneración mínima o nula. Se plantearía aquí la cuestión de cuál es el grado de explotación al que están sujetos. En este caso podemos encontrarnos situaciones muy diversas, desde una minoría de trabajadores que obtienen grandes ingresos, hasta una mayoría que están en condiciones extremadamente precarias desde el punto de vista de la estabilidad y cantidad de los ingresos que reciben.

En cualquier caso, si tuviéramos que definir una tendencia general en este ámbito de trabajo, cabría apuntar que las plataformas han abierto espacios crecientes para el trabajo autónomo con un bajo nivel de alienación subjetiva. Los creadores tienen más libertad que en el pasado para poner sus creaciones en manos del público y más libertad para definir sus propias creaciones; sin embargo, esto ha dado lugar a una mayor explotación en la mayoría de los casos y a una mayor alienación objetiva; pues al situarse el trabajo bajo una relación mercantil y no asalariada resulta más complicado percibir la dimensión de la explotación que esconde.

Tampoco son descartables los efectos que la competitividad entre diferentes creadores tiene en la autoexplotación. En este sentido, es interesante también recuperar el planteamiento de la carrera de ratas planteado por Akerlof (1984), para el caso de los trabajadores sujetos a procesos de promoción interna en las empresas. La competitividad para obtener un ascenso y un salario más elevado lleva, en ocasiones, a que los trabajadores aumenten su productividad por encima de los aumentos salariales asociados a la promoción, generando de esta manera, unos mayores ingresos para la empresa y aumentando su nivel de explotación.

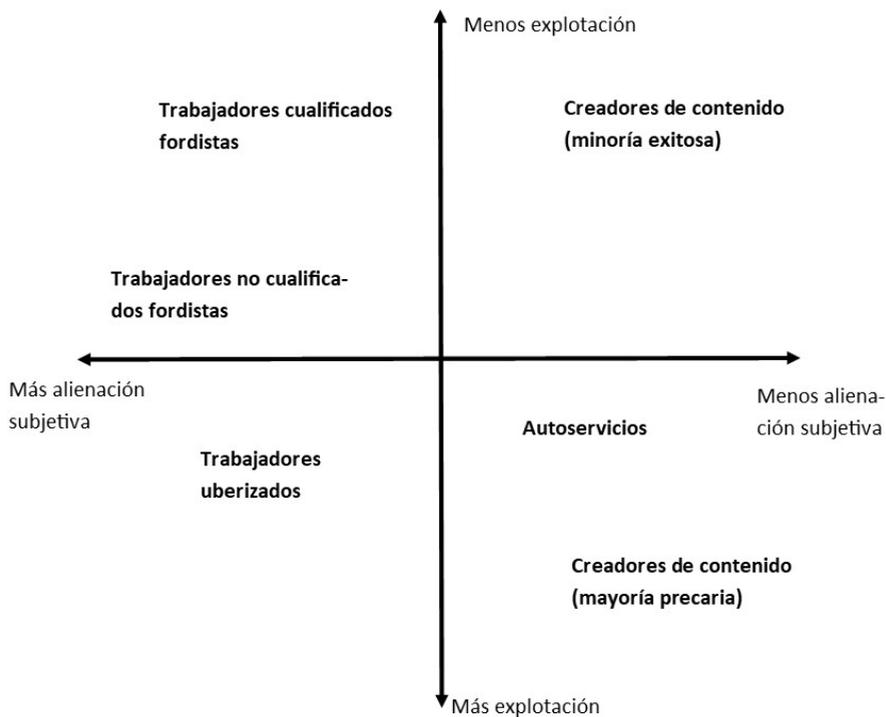
### **5.5. Alienados y explotados: posiciones relativas de los trabajadores digitales**

En la Figura 2 se resumen las características en cuanto a las dimensiones alienación y explotación de los diferentes tipos de trabajos digitales descritos en los epígrafes anteriores. Hemos añadido, además, las categorías «trabajadores cualificados fordistas» y «trabajadores no cualificados fordistas» como puntos de comparación. Los trabajadores cualificados fordistas se encontrarían en una situación asalariada tradicional, con un alto nivel de alienación subjetiva, poca

autonomía para definir su trabajo, pero unas condiciones laborales ventajosas, derivadas de su condición asalariada y cualificada, que implicarían una menor explotación. Los trabajadores no cualificados fordistas serían objeto de una mayor explotación que los cualificados y su grado de alienación sería también mayor por tener un menor grado de control sobre el proceso de trabajo.

Se puede apreciar, si comparamos los nuevos empleos con los tradicionales, que existiría una tendencia, a nivel teórico, a que los procesos de digitalización del trabajo puedan dar lugar a una mayor explotación a través de la promesa de una menor alienación subjetiva, una mayor autonomía y un mayor control sobre el proceso de trabajo. Los trabajos digitales también aumentan la explotación a través de una mayor alienación objetiva al generar un marco en el que las relaciones explotador-explotado son más difusas, por darse muchas de ellas a través de mecanismos de intercambio, y por una creciente separación física de la masa de trabajadores.

Figura 2  
Trabajadores digitales en el diagrama explotación-alienación



Fuente: elaboración propia.

## 6. Conclusiones

A lo largo del artículo hemos defendido la idea de que se puede hacer frente al reto de explicar las nuevas dinámicas del trabajo digital en base a conceptos y teorías de larga tradición en las ciencias sociales. La producción de teorías y conceptos excesivamente rupturistas puede hacernos caer en cierto epocalismo y puede oscurecer, en último término, la comprensión de la realidad. Concretamente hemos puesto en cuestión la capacidad explicativa de un concepto, el de prosumidor, que pensamos que tiene un carácter más descriptivo que analítico.

A pesar de que la aparición de internet ha generado transformaciones importantes en muchas de las dinámicas del trabajo pensamos que es exagerado, al menos de momento, decir que hemos entrado en una nueva fase del capitalismo con lógicas diferentes a las que venían dándose en las décadas anteriores. Hemos tratado de explicar que las transformaciones del trabajo digital entroncan con unos procesos que se venían produciendo desde los años setenta y que se han caracterizado por una estrategia del capital de intensificación de la explotación a través de estrategias que tratan de reducir la alienación subjetiva.

## 3. Bibliografía

- AKERLOF, George A. (1984). *An Economic Theorist's Book of Tales*. Cambridge University Press.
- ALTHUSSER, L. (1987). *Ideología y aparatos ideológicos del estado*. Ediciones Quinto Sol.
- BARAN, Paul y SWEEZY, Paul. (1988). *El capital monopolista: Ensayo sobre el orden económico y social de Estados Unidos*. siglo XXI.
- BARBA DEL HORNO, M. (2020). «Campo, conexión y desigualdad. Hacia una economía política de las prácticas en la era del capitalismo digital». *Teknokultura*, 17(2), 121-130.
- BECK, Ulrich (2001). «Interview with Ulrich Beck». *Journal of Consumer Culture*, 1(2), 261-277. <https://doi.org/10.1177/146954050100100209>
- BÖHM-BAWERK, Eugene von (1949). *Karl Marx and the Close of His System*. Ludwig von Mises Institute.
- BOLTANSKI, Luc y CHIAPPELLO, Ève (2002). *El nuevo espíritu del capitalismo*. Ediciones AKAL.
- BRAVERMAN, Harry (1975). *Trabajo y capital monopolista: La degradación del trabajo en el siglo XX*. Nuestro Tiempo.
- DOERINGER, Peter y PIORE, Michael. (1985). *Mercados Internos de Trabajo y Análisis Laboral*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Trabajo.
- ELSTER, John (1991). *Una introducción a Karl Marx*. siglo XXI de España.
- EMMANUEL, Arghiri (1980). *Imperialismo y comercio internacional: El intercambio desigual*. siglo XXI.
- EUBANKS, Virginia (2018). *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*. St. Martin's Publishing Group.
- FEDERICI, Silvia (2014). *La inacabada revolución feminista: Mujeres, reproducción social y lucha por la común*. Ediciones Desde Abajo.

- FUCHS, Christian (2014). *Digital Labour and Karl Marx*. Routledge.
- FUCHS, Christian (2015). «The Digital Labour Theory of Value and Karl Marx in the Age of Facebook, YouTube, Twitter, and Weibo», en Fisher, Eran y Fuchs, Christian (eds.), *Reconsidering Value and Labour in the Digital Age* (pp. 26-41). Palgrave Macmillan UK. [https://doi.org/10.1057/9781137478573\\_2](https://doi.org/10.1057/9781137478573_2)
- FUCHS, Christian (2019). *Rereading Marx in the Age of Digital Capitalism*. Pluto Press.
- GERSHUNY, Jonathan I., y Pahl, Ray E. (1979). «Work outside employment: Some preliminary speculations». *Higher Education Quarterly*, 34(1), 120-135. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2273.1979.tb01252.x>
- GLAVIN, Paul, Bierman, Alex y Schieman, S.Scott (2020). *Über-Alienated: Powerless and Alone in the Gig Economy*. Disponible en : [https://www.researchgate.net/publication/343553987\\_Uber-Alienated\\_Powerless\\_and\\_Alone\\_in\\_the\\_Gig\\_Economy](https://www.researchgate.net/publication/343553987_Uber-Alienated_Powerless_and_Alone_in_the_Gig_Economy)
- HARVEY, David (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Ediciones AKAL.
- LAZZARATO, Maurizio (1996). «Immaterial Labour», en Hardt, Michael y Virno, Paolo (eds.) *Radical Thought in Italy: A Potential Politics* (pp. 133-147). University of Minnesota Press.
- LIPOVETSKY, Gilles (2010). *La felicidad paradójica: Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*. Editorial Anagrama S.A.
- MARX, Karl (1981). *El capital: Crítica de la economía política*. siglo XXI.
- MASLOW, Abraham (1991). *Motivación y personalidad*. Ediciones Díaz de Santos.
- MAX-NEEF, Manfred (1993). *Desarrollo a escala humana*. Icaria Antrazyt. <http://www.agapea.com/libros/Desarrollo-a-escala-humana-isbn-8474262178-i.htm>
- MCGREGOR, Douglas (1996). *El lado humano de las organizaciones*. McGraw Hill.
- MIES, Maria (1998). *Patriarchy and Accumulation on a World Scale: Women in the International Division of Labour*. Palgrave Macmillan.
- MOROZOV, Evgeny (2012). *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*. Hachette UK.
- OIT. (2019). *LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y EL FUTURO DEL TRABAJO: CÓMO FOMENTAR EL TRABAJO DECENTE EN EL MUNDO DIGITAL*.
- OUCHI, William (1981). *Teoría Z: Como pueden las empresas hacer frente al desafío japones*. Norma.
- PASQUALE, Frank (2015). *The Black Box Society*. Harvard University Press.
- PASQUINELLI, Matteo (2009). «Google's PageRank Algorithm: A Diagram of the Cognitive Capitalism and the Rentier of the Common Intellect». *Deep Search*.
- POLANYI, Karl (2016). *La gran transformación: Crítica del liberalismo económico*. Virus Editorial.
- RITZER, Geroge (1996). *La McDonalización de la sociedad: Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*. Ariel.
- RITZER, George (2014). «Prosumption: Evolution, revolution, or eternal return of the same?» *Journal of Consumer Culture*, 14(1), 3-24. <https://doi.org/10.1177/1469540513509641>
- RITZER, George (2015a). «The «New» World of Prosumption: Evolution, «Return of the Same,» or Revolution?», *Sociological Forum*, 30(1), 1-17. <https://doi.org/10.1111/sofc.12142>
- RITZER, George (2015b). «Prosumer Capitalism». *The Sociological Quarterly*, 56(3), 413-445. <https://doi.org/10.1111/tsq.12105>
- ROEMER, John E. (1989). *Teoría general de la explotación y de las clases*. siglo XXI de España.
- ROSENBLAT, Alexandra (2018). *Uberland: How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work*. Univ of California Press.

- SCHUMPETER, Joseph A. (1996). *Teoría del desenvolvimiento económico: Una investigación sobre ganancias, capital, crédito, interés y ciclo económico*. Fondo de Cultura Económica.
- STEDMAN JONES, Gareth. (1989). *Lenguajes de clase: Estudios sobre la historia de la clase obrera inglesa (1832-1982)*. siglo XXI.
- THOMPSON, Edward P. (2012). *La formación de la clase obrera en Inglaterra*. Capitán Swing.
- TOFFLER, Alvin (1985). *La tercera ola*. Orbis.
- ZUBOFF, Shoshana (2019). *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power: Barack Obama's Books of 2019*. Profile Books.

# IMPACT OF THE UNION INTERVENTION IN THE MATTER OF LABOR RISKS OF PSYCHOSOCIAL ORIGIN. A COMPARATIVE STUDY IN WESTERN EUROPE

*Impacto de la intervención sindical en materia de riesgos laborales de origen  
psicosocial. Un estudio comparado en Europa occidental*

RAÚL PAYÁ CASTIBLANQUE\*

Universidad de Valencia, España

## RESUMEN

Es conocido que la intervención sindical tiene un efecto positivo sobre la reducción de los accidentes de trabajo. Sin embargo, no existe evidencia comparable sobre su efecto en las patologías psicosomáticas. La presente investigación estudia el impacto de la representación de los trabajadores en materia de riesgos psicosociales, tanto en términos agregados para el conjunto de la UE como de forma comparada entre los distintos sistemas de relaciones laborales. A tal efecto, se analizan los microdatos de una encuesta a 31.991 centros de trabajo europeos (ESENER-2), mediante diversos modelos de regresión que permitieron identificar cómo la presencia de representantes garantiza estándares más elevados de gestión y la correspondiente activación cultural, mientras que los de absentismo laboral solo se reducen con la participación directa y activa de los trabajadores. Por su parte, el análisis de correspondencias múltiples permite constatar cómo los sistemas institucionalizados del área centroeuropea y mediterránea presentan más dificultades para involucrar a los trabajadores que los escandinavos o anglosajones caracterizados por mayores niveles de autorregulación.

Palabras clave: recursos de poder sindical, estudio comparado, riesgos psicosociales, cultura participativa, espejismo institucional.

## ABSTRACT

It is known that union intervention has a positive effect on the reduction of occupational accidents. However, there is no comparable evidence on its effect on psychosomatic pathologies. This research studies the impact of workers' representation on psychosocial risks, both in aggregate terms for the whole of the EU and in a comparative manner between the different systems of labor relations. To this end, the microdata of a survey of 31,991 European work centers (ESENER-2) are analyzed by means of various regression models that allowed the identification of how the presence of representatives guarantees higher standards of management and the corresponding cultural activation, while those of absenteeism from work are only reduced with the direct and active participation of the workers. On the other hand, the analysis of multiple correspondences allows us to see how the institutionalized systems of the Central European and Mediterranean area present more difficulties in involving workers than the Scandinavian or Anglo-Saxon systems, which are characterized by higher levels of self-regulation.

Keywords: union power resources, comparative study, psychosocial risks, participatory culture, institutional mirage.

\* **Correspondencia a:** Raúl Payá Castiblanque. Av. Tarongers, 4.b (Valencia), España. — [raul.paya@uv.es](mailto:raul.paya@uv.es) — <https://orcid.org/0000-0002-7967-8660>

**Cómo citar:** Payá Castiblanque, Raúl. (2021). "Impacto de la intervención sindical en materia de riesgos laborales de origen psicosocial. Un estudio comparado en Europa occidental"; *Lan Harremanak*, 45, 208-230. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22768>).

Recibido: 30 abril, 2021; aceptado: 08 junio, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia

Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

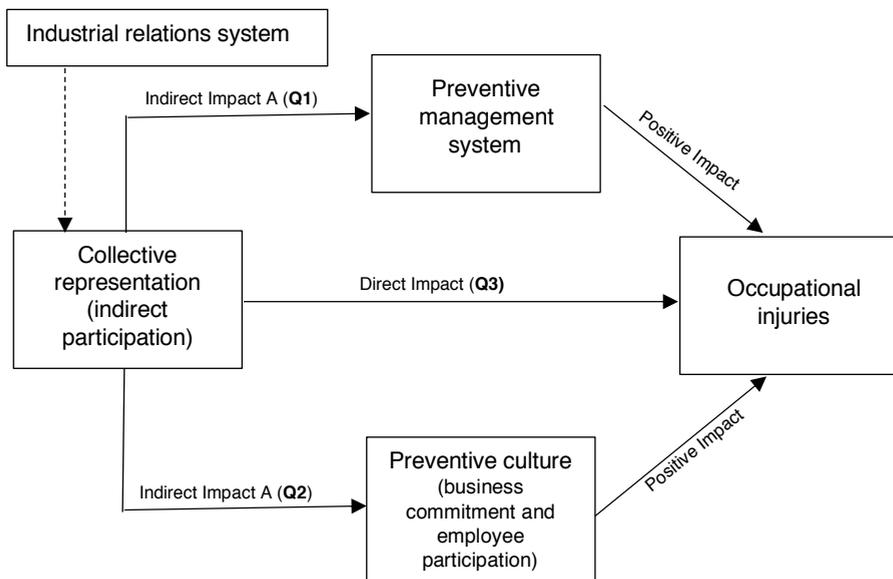
## 1. Introduction: Effects of union intervention on occupational health

Throughout history, the union movement has played a relevant role in improving working conditions and fighting against pathologies (physical or psychological) that threatened the health of workers, as demonstrated by the strikes against *ceruse* or white phosphorus (Rainhorn, 2010; Voguel, 2016). To date, we have strong empirical evidence on the positive impact of union intervention on occupational safety and health (Johnstone, *et al.*, 2005; Walters and Nichols, 2006; Walters and Nichols, 2007). Following the analytical typology of Walters, *et al.* (2005), econometric studies that analyze the effects of indirect worker participation, through their representatives, on occupational health harms can be divided between those that measure its direct impact, on the one hand, and those that analyze its indirect impact, on the other. In this sense, various investigations have found a statistically significant relationship between the presence of general (unitary or union) and specialized occupational health representation bodies (prevention delegates or safety and health committees) in workplaces, with the reduction of occupational accidents (Nichols, *et al.*, 2007; Reilly, *et al.*, 1995; Robinson and Smallman, 2013) and occupational diseases (Robinson and Smallman, 2006). In reference to the indirect impact of union action on occupational health, it is also known how in workplaces where general and specialized representation operates, preventive management standards are increased (indirect impact A) (Coutrot, 2009; Ollé, *et al.* 2015; Weil 1992) and a participatory culture is activated to the extent that the company's commitment to preventive management and the promotion of direct participation by workers are increasing (indirect impact B) (Biggins *et al.* 1991; Shaw and Turner, 2003; Warren-Langford *et al.* 1993). This is a double indirect impact because the companies that best integrate the three phases of the preventive management cycle (elaboration of prevention plans, risk evaluation, design and planning of action measures) and involve the workers in the design and implementation of this management system (direct active participation), present fewer work accidents than companies with lower management standards and an authoritarian management that simply informs the workers (direct passive participation) of the risks (Autenrieth, *et al.* 2016; Robinson and Smallman, 2013), as discussed in the analytical framework (Figure 1) of this research.

Despite the positive effect of associative power on standards of labor welfare, the truth is that there are also studies that have found how unionized workplaces have the highest rates of accidents (Fenn and Ashby, 2004; Hillage, *et al.*, 2000; Litwin, 2000), which has shifted the focus of research to the study of the determinants that drive or weaken the degree of real participation of workers' representatives (Menendez, *et al.* 2009; Walters and Wadsworth, 2014, 2020). Such studies have identified at the organizational

level as the degree of leadership and business commitment, the depth (passive or active) of direct worker participation, the size of the company, the sector or the production power (genuine capacities) of the workers in the company, the levels of unionization of general and specialized representation, the economic situation of the company or the system of integration of prevention (own or external means), influence the levels of participation and effectiveness of collective representation. To these, it is necessary to add macro-contextual determinants related to the labor relations systems, to the extent that the existing legislation (which promotes participation in the company), the institutional power of the unions in the collective bargaining or social agreement and the strength of the labor inspection, affect, likewise, the levels of effectiveness of the associative power in the workplaces.

Figure 1  
Impact of representation systems on occupational safety and health systems



This is a consolidated line of research, but nevertheless, there are still some questions or issues to be resolved. Firstly, the analyses carried out have focused on the union impact on the management of traditional industrial safety and hygiene risks linked to work accidents and occupational diseases, but they do not investigate new and emerging risks of psychosocial origin. However, at present, the combined effect of the policies of management of

the economic crisis by the bodies of European governance oriented towards the flexibilization of the markets (Crouch, 2014) together with other processes of transformation of the productive processes such as the digitalization of the economy (EU-OSHA, 2018) or the recent pandemic outbreak of Covid-19 (Sherman, *et al.* 2020), have led to an increase in job and economic insecurity, and with it, exposure to psychosocial risk factors (work without limits, dislocation of working time, etc.) causing the emergence of psychosomatic pathologies such as anguish, anxiety (techno anxiety), stress (techno stress, techno phobia, techno addiction) or depression. In fact, it is estimated that the main cause of work absenteeism in the European Union are mental pathologies (Leka and Jain, 2017). It is likely that union action will also have a positive effect on psychosocial risks, but there is no empirical evidence comparable to that observed on industrial risks (Walters, 2011). The most recent studies are oriented towards the benefits of direct worker participation on the psychosocial environment through human resource policies focused on the economic root of participation (Findlay, *et al.* 2013; Knudsen, *et al.*, 2011; Llorens, *et al.*, 2019), but nevertheless, they forget about its political root and the problems derived from the asymmetry of power in labor relations. Therefore, this research attempts to provide empirical evidence about the impact (direct and indirect) of workers' representatives on the management of psychosocial risks, with the aim of answering the following research questions:

- Q1: What is the relationship between the presence of collective representation systems in European workplaces and the levels of psychosocial risk management? (indirect impact A).
- Q2: Are workers' representatives able to change the behavior of managers in management systems and involve workers in the design and implementation of measures to eliminate psychosocial risks? (indirect impact B).
- Q3: What impact does the presence of representation systems have on the levels of absenteeism in the workplace? Is their presence sufficient or is it necessary to activate a preventive culture? (Direct impact).

Historically, two different approaches have operated in the analysis and management of occupational safety and health problems. The first has its origin in the American Safety First movement which proposed the necessary activation of a preventive culture within the company as an essential element to reduce occupational accidents. The second derives from the so-called "calendar of death" of the Pittsburgh survey (Swuste, *et al.*, 2010) which defends as a key factor for reducing accidents, state intervention in the regulation of environmental conditions (production speed, protection

of facilities and machines, etc.). These approaches are associated with different forms of regulation of occupational safety and health. On the one hand, the Anglo-Saxon systems, especially in the United Kingdom through the influential Robens Report, took up the legacy of the Safety First movement and opted for the self-regulation of preventive management systems with general national standards that encouraged the activation of a preventive culture within the company, and on the other hand, those coming from the central European area that started from the principle of worker protection by the public authority (Camas, 2005: 36). Both perspectives are integrated in the current Directive 89/391/EEC (hereinafter the Framework Directive), which combines the regulation of a general business security debt and participatory rights with the development of supra-business regulatory standards (Narocki, al., 2011). Despite the homogenization effected by the Framework Directive, there are still regulatory differences between the countries of the European Union due to the historical configuration of their labor relations models.

While it is true that the economic crisis of the last decade has led to a growing internal diversification among the countries that make up the same system of labor relations, from a *longue durée* perspective, each model still maintains essential historical elements that allow for telescopic analysis of their common characteristics (Gumbrell-McCormick and Hyman, 2013: 6; Lehndorff, *et al.* 2018 : 15). Thus, while the Anglo-Saxon and Scandinavian systems maintain the voluntary and self-regulated character of their labor relations (albeit with different state models and governance systems) with a strong union presence in the workplaces and participation systems, in general terms, from the bottom up; Central European and Mediterranean countries present a high level of state intervention in labor regulation and their union power is articulated with the institutionalization of labor relations through their organizational leaderships, with a greater top-down orientation in participatory processes (Beneyto, 2018; Rigby and García-Calavia, 2018). This differentiation is important, since most of the previous studies we have cited come from Anglo-Saxon countries, especially the United Kingdom (see, among others, Fenn and Ashby, 2004; Hillage, *et al.*, 2000; Litwin, 2000 Nichols, *et al.*, 2007; Reilly, *et al.*, 1995; Robinson and Smallman, 2013) and there is no comparable scientific evidence in other models of labor relations, so we pose the following research question:

- Q4: Which strategy will be more efficient for the management of psychosocial risks, that of the systems that promote self-regulation of the management of the preventive system, or that of those who base their intervention on institutional power?

## 2. Research methodology

### 2.1. Sample population

In order to answer our research questions, we have developed a transversal study based on the microdata from the Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER-2), prepared by the European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA, 2017). ESENER-2 records the management systems for the prevention of psychosocial risks in 49,320 work centers with five or more employees from all sectors of economic activity except private households (NACE T) and extraterritorial organisations [(NACE U) from 36 countries (28 European member states, as well as six candidate countries and two countries of the European Free Trade Association (EFTA)]. In order to carry out the statistical analyses, 19 countries have been selected corresponding to the different models of labor relations in Western Europe, so that the final sample used to develop this research was 31,991 work centers. Specifically, four countries were selected from the Anglo-Saxon area (United Kingdom, Ireland, Malta and Cyprus), five from the continental model of labor relations (Germany, Austria, Belgium, Netherlands and Luxembourg), another four from the Scandinavian system (Sweden, Denmark, Finland and Norway) and five from the Mediterranean area (Spain, France, Portugal, Italy and Greece).

### 2.2. Dependent Variables

In order to measure the impact of the representation systems on the levels of management of psychosocial risks (1st research question - indirect impact A), different operations have been carried out for the construction of an indicator. First, nine questions have been selected from ESENER-2 corresponding to each phase of the prevention management process (see table 1), each with two possible response alternatives (0 = No / 1 = Yes). Secondly, the nine questions were added up, resulting in a measurement scale ranging from 0 (no indicator managed) to 9 (all indicators managed). Through the calculation of Cronbach's Alpha coefficient ( $\alpha = .789$ ) the adequacy of the measurement scale was confirmed (George and Mallery, 2003) and its validity for confirmatory studies (Huth *et al.*, 2006). Finally, the indicator was recoded into three levels of preventive management: 1 = from 0 to 3 managed indicators defined as low level; 2 = from 4 to 7 (medium level); and 3 = from 8 to 9 (high level).

In relation to the indicators of preventive culture corresponding to the second research question (indirect impact B), the following are proposed: a) leadership or commitment of the management, measured on the basis of question Q162 regarding the degree of business involvement in the management system (1 = usually / 2 = occasionally / 3 = almost never); b) passive

participation of the workers, measured through question Q256\_5 referring to whether the workers had been informed of the results of the risk assessment (1 = Yes / 2 = No) and, finally, active participation, measured through question Q305, which asked about the degree of involvement of the workers in the design and implementation of prevention measures (1 = Yes / 2 = No).

The third of the research questions (direct impact) was measured through question Q450, which divided into five the levels of absenteeism (very high / quite high / within the average / quite low / very low). Due to the few cases with very high (416 cases) or high (1453) levels of absenteeism, the indicator was recoded into three response alternatives (1= Quite low or low / 2= Within the mean / 3= Very high or high). It is worth mentioning that, in the present investigation, it was decided to use as an indicator for the evaluation of labor health the level of absenteeism to the detriment of the official records of labor accidents and professional illnesses, due to psychosomatic pathologies (anxiety, depression, stress, sleep problems, etc.) produced by exposure to psychosocial risks, from a legal point of view, are systematically excluded from the official registers in most countries of the European Union, in application of Commission Recommendation 2003/670/EC of September 19, 2003, concerning the European list of occupational diseases (which does not contemplate psychosomatic pathologies as a disease) so that “in very few countries are stress-related diseases included in the official lists of occupational diseases” (Leka *et al.* 2015: 4).

### 2.3. Independent Variables

The presence of worker representation, both general (unitary and union) and specialized in occupational safety and health (prevention delegates and occupational safety and health committees), in the workplaces was measured through question Q166. It is worth mentioning that both forms of representation have different relationships with each other, depending on the country, from parallel to overlapping and/or complementary channels, with an aggregate coverage of around 58% of the total number of workers (see Fulton, 2018). It is worth mentioning that, due to the fact that this is a comparative statistical study, the systems of interest representation must be simplified in order to be able to analyse complex realities, but it is nevertheless interesting to delve into certain differentiating aspects. On the one hand, in countries with self-regulated voluntary industrial relations systems (Anglo-Saxon and Scandinavian), there are no electoral hearing mechanisms developed by legislation, which means that the main associative resource for workers is trade union membership and shop stewards. On the other hand, the countries of the Mediterranean and continental area have institutionalised industrial relations systems where state intervention is high, regulating

electoral hearing mechanisms, which results in a dual channel configuration of interest representation (trade union and unitary). However, there is a wide range of casuistry in the institutional configuration. While in countries such as Spain and Portugal, unitary representation prevails over union representation, in France and Italy a dual channel of interest representation is configured, with union representation prevailing (see Beneyto, 2018; Payá and Beneyto, 2019). In addition, there are models in which the right to freedom of association is mandatory and in a positive sense, and in other models there is the duality of freedom of association as a fundamental right, but in both positive and negative senses, i.e. free choice, affiliation or non-affiliation if the worker considers it appropriate. This is crucial as it will influence the role of workers' representative organisations and the degree of trust placed in them. These actors are part of the integrative model of the preventive culture that each and every company requires. The mechanisms for action in the prevention of occupational risks, especially those associated with psychosocial factors, share both collective and individual intervention actions.

#### 2.4. Covariates for the Adjustment of Statistical Models

As we saw in the introductory section, there are a number of determining factors that can affect the effectiveness of indirect worker participation, both on the levels of preventive management and the activation of the culture of participation and the levels of absenteeism. Therefore, in order to avoid spurious relationships in the statistical models carried out, we use as control variables both internal determinants of the organization itself and factors related to the economic and social macro context of a supra-business nature. Among the internal factors, three indicators have been selected: a) the size of the work center; b) the sector of activity and c) the economic situation of the company (Q451). While to capture the effect of the macro context, two indicators are used: a) the country to which each work center belongs as a generic indicator of the tradition of labor relations and b) the strength of the labor inspection (Q165) as an institution with specific functions of monitoring and control of compliance with preventive regulations. Table 1 summarizes all the variables used in this study.

Table 1  
Variables and dimensions used in the study

Dimensions	ESENER -2 questions	Indicators
Management of psychosocial prevention	<p><b>Plans, programmes and procedures</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q300.- Does your workplace have an action plan to prevent work-related stress?</li> <li>• Q301.- Do you have a procedure for dealing with possible cases of harassment or bullying?</li> <li>• Q302.- Do you have a procedure for dealing with possible cases of threats, insults or aggression from clients, patients, students or other outsiders?</li> </ul> <p><b>Risk Assessment</b> Q252: Which of the following aspects are usually included in these workplace risk assessments on a regular basis?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q252_5)- Relations between the worker and his supervisor.</li> <li>• Q252_6)-Organizational aspects such as working hours, breaks or shifts.</li> </ul> <p><b>Planning of preventive action measures</b> In the last 3 years, has your workplace implemented any of the following measures to prevent psychosocial risks?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q301_1) and pressure.</li> <li>• Q301_2) Confidential advice for workers.</li> <li>• Q303_3) Implementation of a dispute resolution procedure.</li> <li>• Q303_4) Intervention in case of excessive working hours or irregular Schedule</li> </ul>	<p>Management levels:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Low.</li> <li>2. Medium.</li> <li>3. High</li> </ol>
Preventive culture	<p><b>Business commitment</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q162.- In your workplace, how often do senior management deal with issues related to the prevention of occupational hazards?</li> </ul> <p><b>Direct passive participation</b> Who has received the results of the workplace risk assessment?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q_256_5) The workers themselves.</li> </ul> <p><b>Direct active participation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q305- Did workers participate in the design and adoption of measures to prevent psychosocial risks?</li> </ul>	<p>Business commitment:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Regular.</li> <li>2. Occasional.</li> <li>3. Never</li> </ol> <p>Passive participation:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Yes</li> <li>2. No</li> </ol> <p>Active participation.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Yes</li> <li>2. No</li> </ol>
Absenteeism	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Q450 How would you describe the level of absenteeism in your workplace compared to other workplaces in the sector?</li> </ul>	<p>Level of absenteeism:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Quite low or very low</li> <li>2. Within the average</li> <li>3. High or very high</li> </ol>
System of representation	<p>Q166. Which of the following forms of worker representation are available in your workplace?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Q166_1) Staff delegate, works council to staff meeting</li> <li>• Q166_2) Shop steward</li> <li>• Q166_3) Prevention delegate</li> <li>• Q166_4) Committee on Safety and Health at Work</li> </ul>	<p>Unitary Representation</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Yes</li> <li>2. No</li> </ol> <p>Trade Union Representation</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Yes</li> <li>2. No</li> </ol> <p>Prevention delegate</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Yes</li> <li>2. No</li> </ol> <p>Committee on Safety and Health at Work</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Yes</li> <li>2. No</li> </ol>
Adjustment variables	<p><b>Micro Contextual</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Size of the work centre</li> <li>• Sector of activity</li> <li>• Q451. How would you describe your workplace's current economic situation - is it very good, fairly good, neither good nor bad, fairly bad or very bad?</li> </ul> <p><b>Contextual macro</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Country</li> <li>• Q165.- Has your workplace received any visits from the Labour Inspectorate in the last 3 years to check compliance with regulations on the prevention of occupational hazards?</li> </ul>	

## 2.5. Statistical analysis

To measure at an aggregate level the relationships between the presence of the different forms of interest representation in the workplaces with the levels of preventive management (Q1-Indirect Impact A), the activation of a participatory culture (Q2- indirect impact B) and the levels of absenteeism (Q-3- direct impact), both binary logistic regressions (for the dummy dependent variables referring to passive and active participation) and multinomial regressions (when the dependent variable had three categories) were carried out, establishing as a reference category the lowest levels for each of the five dependent variables (low level of preventive management; management is almost never involved in management; the absence of passive participation; the absence of active participation; and, very low or quite low level of absenteeism), calculating the adjusted odds ratios (aOR) for the sociodemographic covariates described in section 2. 4., with their corresponding 95% confidence intervals (CI95%). However, in order to measure the direct impact (Q3) in the regression model, the indicators of preventive management and culture were also included to know whether the mere presence of representatives in the workplaces is sufficient or, on the contrary, the active participation of the workers in the management of psychosocial risks is necessary.

Finally, the fourth research question (Q4) is studied in a disaggregated way, related to the role of the different models of labor relations on the management systems for the prevention of psychosocial risks. To this end, a Multiple Correspondence Analysis (MCA) was carried out, which made it possible to classify the countries on a positioning map according to the levels of preventive management, participatory culture and levels of absenteeism. As a complement to the MCA, a classification analysis was carried out using the Ward's hierarchical bottom-up method, in order to group the countries into a number of groups or segments more precisely than the MCA. Through the classification analysis, greater precision was obtained in the formation of clusters of countries with homogeneous systems. Finally, it should be noted that all statistical calculations were done through the SPSS version 26 statistical software.

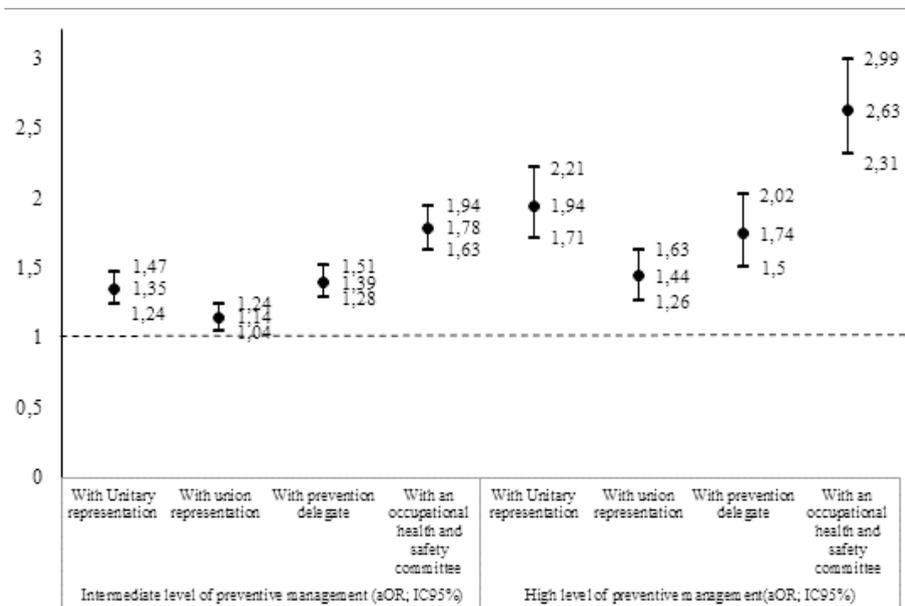
## 3. Results

### 3.1. Indirect impact

The results obtained (Figure 2) show the existence of a positive relationship between the levels of preventive management and the presence of workers' representatives in the workplaces (indirect impact A), which, in turn, is increased at the highest levels of psychosocial risk management. Specifically, work

centers with the presence of unitary representatives are 1.94 more likely to have the most developed management systems compared to centers without representation (aOR = 1.94; 95% CI: 1.71-2.21), while the impact of the presence of union delegates has been found to be slightly lower (aOR = 1.44; 95% CI: 1.26-1.63). However, the highest differences have been found in the specialized representation systems for preventive matters, insofar as those workplaces that have joint occupational safety and health committees are 2.63 more likely to be at the highest levels of psychosocial risk management (aOR = 2.63; 95%CI: 2.31-2.99).

Figure 2  
 Multinomial regressions between the presence of representation systems and preventive management levels



Note: The reference category for the dependent variable was low level of management and for the independent variables was no representation. Adjusted odds ratios (aOR) were calculated for all covariates described in Section 2.24

In reference to the activation of a preventive culture in the workplace (indirect impact B), the results found (Figure 3) show how the presence of representation systems is also related to a greater commitment by management in the management of psychosocial risks and to the active participation of



the levels of direct participation of workers, both in its passive version and in its more active facet. Specifically, it has been shown that in those workplaces with the presence of prevention delegates, there is a 1.34 greater chance that the workers will be informed about the risks and the measures to be adopted to reduce exposure to psychosocial risks (aOR = 1.34; 95% CI: 1.24-1.44). Also on this point, the strongest associations have been found in the presence of occupational safety and health committees, to the extent that they not only guarantee a higher level of passive participation by workers (aOR = 1.51; 95% CI: 1.39-1.63), but also are able to involve them in the design and implementation of preventive action measures to reduce or eliminate such risks (aOR = 1.28; 95% CI: 1.16-1.41).

### 3.2. Direct impact

With reference to the results obtained on the direct impact of the different representation systems (table 2), it has been found, on the one hand, that the presence of unitary and specialized occupational health representatives in the workplaces is not predictive of the levels of absenteeism, but, on the other hand, the presence of union delegates is related to a 1.99 more likely to be at the highest levels of absenteeism (aOR = 1.99; 95% CI: 1.56-2.53) in a very significant way (p-value = 0.000), which shows, a priori, a negative impact of union action. In spite of this, the presence of representation in the work centers has a positive impact in an indirect manner due to two issues. Firstly, the highest levels of preventive management place the companies in the intermediate levels of absenteeism (aOR = 1.32; 95% CI: 1.03-1.64) but they have not become predictive in the highest levels of absenteeism. Secondly, it has been observed how the only indicator that guarantees not to be at the highest levels of absenteeism is the active participation of workers in the design and implementation of action measures to prevent psychosocial risks (aOR = 0.74; 95% CI: 0.59-0.93).

**Table 2**  
**Multinomial logistic regression on absenteeism levels**

	Intermediate level of absenteeism <sup>A</sup>		Very high or high level of absenteeism <sup>A</sup>	
	aOR (95% CI) <sup>B</sup>	P-Valor	aOR (CI) <sup>B</sup>	P-Valor
Presence of unitary representation systems				
Unitary Representation				
Without personnel delegate	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
With personnel delegate	1.01 (0.88-1.16)	0.910	1.06 (0.93-1.36)	0.633
Trade Union Representation				
No union representative	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
Without a trade union delegate	1.46 (1.28-1.67)	0.000	1.99 (1.56-2.53)	0.000
Specialized representation				
Without prevention delegate	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
With prevention delegate	1.03 (0.88-1.20)	0.742	0.83 (0.64-1.07)	0.149
Occupational Safety and Health Committee				
Without committee	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
With committee	1.01 (0.88-1.16)	0.890	1.20 (0.64-1.07)	0.149
Preventive management				
Management of psychosocial risks				
Low Level	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
Medium Level	1.31 (1.04-1.65)	0.024	1.10 (0.84-1.45)	0.479
High Level	1.32 (1.03-1.64)	0.029	1.16 (0.85-1.59)	0.365
Preventive culture				
Management's commitment				
Rarely committed	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
Occasionally it commits	1.14 (0.72-1.54)	0.499	0.92 (0.48-1.76)	0.800
It usually commits	1.05 (0.78-1.68)	0.801	1.12 (0.60-2.11)	0.722
Passive worker participation				
Without participation	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
With participation	0.84 (0.75-0.94)	0.003	0.83 (0.67-1.02)	0.070
Active employee participation				
Without participation	1 <sup>C</sup>		1 <sup>C</sup>	
With participation	0.82 (0.71-0.94)	0.004	0.74 (0.59-0.93)	0.010

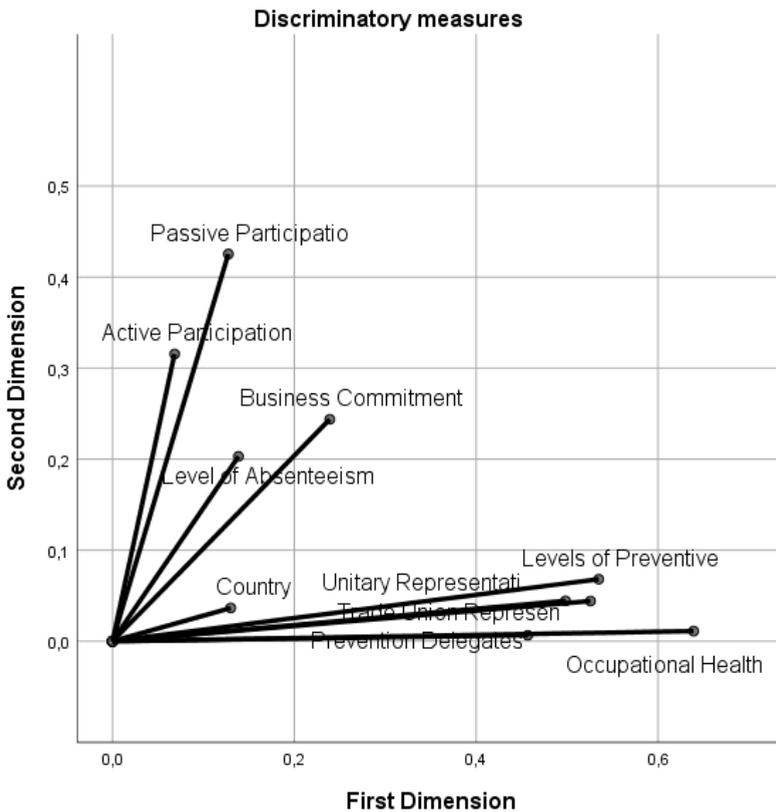
*Note:* <sup>A</sup> The reference category was the low or very low level of absenteeism. <sup>B</sup> Adjusted odds ratios (aOR) for all the independent variables shown in the table itself and the covariates described in section 2.24., and their corresponding confidence intervals (95%CI). <sup>C</sup> Reference category of the independent variables.

### 3.3. Comparative study of industrial relations systems

In order to answer the fourth research question (Q4), aimed at finding out the effectiveness of the different models of labor relations in the prevention of psychosocial risks, we conducted a MCA that has allowed us to reduce the information of the 21 categories of the 9 active variables (see indicators table 1) in two main dimensions that explain 51% of the inertia (variance). Thus, the selected active variables have a high predictive capacity of the models of labor relations in occupational safety and health to the extent that a small number of

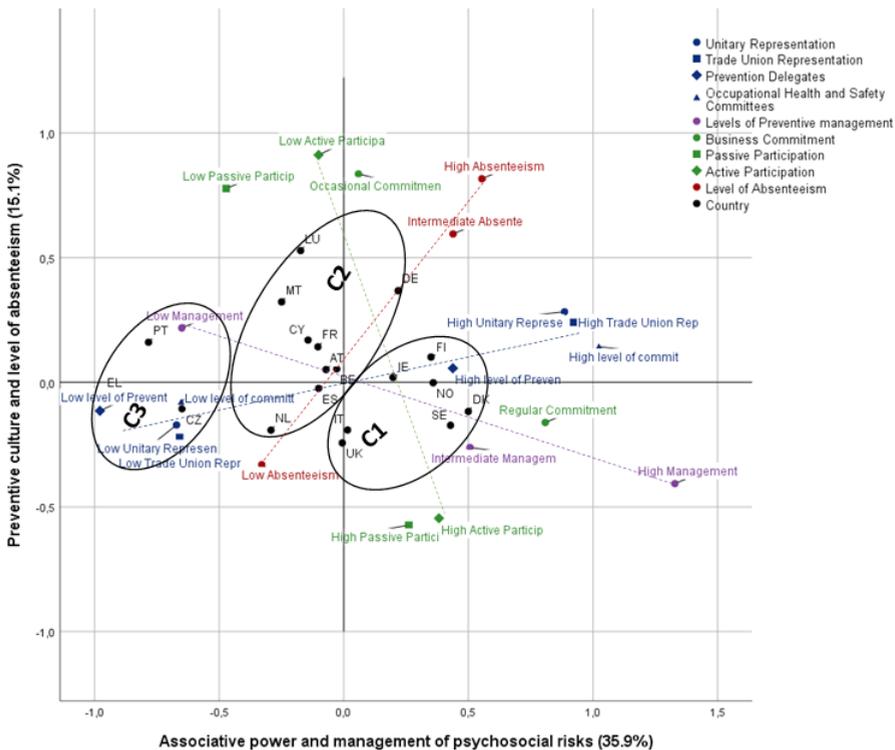
variables explain more than half of the differences between the models. Of the two main dimensions that make up the general model, the first dimension explains 35.9% of the cases (inertia); while the second resulting dimension has obtained an inertia that explains 15.1% of the cases. The calculations of the discriminant measures (Figure 4) can show which of the two dimensions corresponds to the indicators of the prevention management system. On the one hand, it is observed that both the levels of general and specialized representativeness in labor health and the indicator of management of psychosocial risks are predictors of the first dimension. On the other hand, the indicators of preventive culture and absenteeism are located in the second dimension, which coincides with the statistical analysis carried out in table 2, in the average in which only active participation is inversely related to absenteeism levels and, therefore, both variables share the second of the dimensions.

Figure 4  
Discriminant measures of active model variables



The resulting model of the MCA is represented in figure 5 and, as can be seen in the positioning map, the first dimension places on the left those countries with a lower rate of general and specialized representation (blue line), as well as those with less preventive management (purple line); while the countries with greater representation and management are located on the extreme right. With respect to the second dimension, the countries with the lowest level of preventive culture are located in the upper left quadrant (green line) and those with the highest level are located in the lower right quadrant. On the other hand, the levels of labor absenteeism behave inversely to the indicators of preventive culture, with the lowest being located in the lower left quadrant (red line) and the highest in the upper right quadrant. To be more precise in determining the clusters in which to locate the countries with homogeneous characteristics, a hierarchical, bottom-up Ward analysis was carried out, resulting in three clusters or groupings of countries (black circles).

Figure 5  
Segments of industrial relations systems in multiple correspondence analysis and factor space



As can be seen in figure 5, in the first of the clusters (C1) there are mainly the countries of the Scandinavian and Anglo-Saxon area (and Italy as a post-volunteer country) that, despite notorious differences in the models of governance, present as a common element the voluntary nature of their labor relations. These countries have historically advocated self-regulation mechanisms (centralized in the Scandinavian area and decentralized in the Anglo-Saxon area) for working conditions and, therefore, in the field of occupational safety and health they defend the postulates of the Robens Report, to which we have already referred. As can be seen in Figure 5, this model has a high associative power, both union and specialized in occupational health, which guarantees higher standards of preventive management as well as the self-regulated cultural activation of these management systems, with the result of a significant reduction in the rates of absenteeism.

For its part, in the second of the clusters (C2) are located mainly the Central European countries and some of the Mediterranean area as Spain or France, characterized by the institutionalized model of their labor relations and certain levels of corporatism (medium-high in the Germanic area and low in the Mediterranean countries). As we saw in the introduction, countries with high state intervention in the regulation of labor relations focus their strategies on strengthening institutional power, especially through mechanisms for the erga omnes extension of collective bargaining agreements. This strategy generates ambivalent results because, while it is true that, on the one hand, it allows the coverage of collective bargaining to be expanded, on the other hand it weakens the power of association (free rider effect that discourages union membership and participation) (Beneyto, 2018: 44), which, as shown in Figure 5, results in a moderate representation in occupational safety and health that, in turn, weakens the active participation of workers (they are in the upper quadrant) and negatively impacts absenteeism rates. It can be concluded, therefore, that these countries may fall into a kind of mirage of institutional security in which prevention becomes a technocratic bureaucratic document management system, oriented towards formal compliance with the rules (environmental protection, as seen in the introduction), which, however, does not guarantee the real effectiveness of the system. Therefore, it is necessary to increase the associative power within the company in order to involve the workers in the design and implementation of the preventive cycle since, as we have seen in table 2, this is the most relevant determinant for reducing labor absenteeism.

The third cluster (C3) includes the countries that have seen their institutional power resources degraded during the economic crisis (Portugal, Greece and, to a lesser extent, the Czech Republic). The conditionality policies imposed by the Troika based on a political exchange of neoliberal intergovernmentalism, focused on providing financial aid and bank bailouts in exchange for the flexibilization of the labor market, forced the Greek and Portuguese governments to deregulate the institutional arrangements that supported their labor relations systems

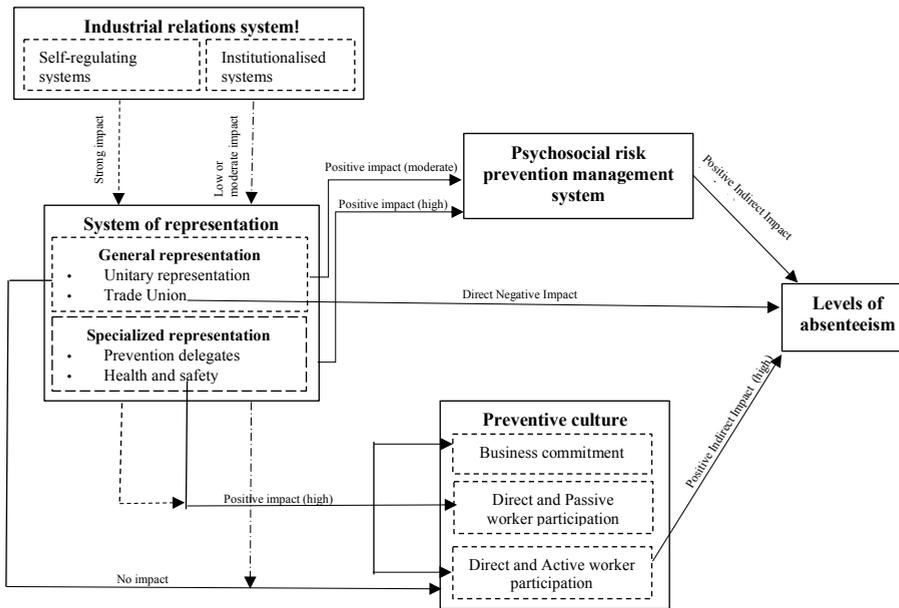
(Gago, 2016). Specifically, the general effectiveness of collective bargaining agreements was eliminated in the Greek case and criteria of representativeness were established that were difficult to meet for their extension in the Portuguese case (Rigby and García-Calavia, 2018). This situation could explain the low levels of preventive management found in both countries in the MCA (Figure 5). Deregulation can lead, on the one hand, to business relaxation in order to comply with prevention standards and, on the other hand, make it difficult for representatives to monitor and pressure the compliance of these management standards and the visibility of the damages derived from the work. In fact, these countries present low labor absenteeism, which can be interpreted negatively to the extent that the low associative power derives in low union pressure in the notification of damages (Eaton and Nocerino, 2000: 278). Thus, when the institutionalized mechanisms of labor relations depend on government discretion (Schmidt *et al.* 2017: 2015), the changes in the political cycle can restrict, as has occurred in these cases, the mechanisms for the extension of agreements, weakening the unions that find it very difficult to resort to other resources of power that allow them to rebalance the structure of the negotiation (Koukiadaki *et al.*, 2016: 80), which ends up activating a spiral of labor deregulation and deterioration of the systems of preventive management, workers' health and their capacity for representation.

#### 4. Discussion and conclusions

This research has shown that the presence of workers' representatives guarantees higher standards of psychosocial risk management and the activation of a participatory culture in European workplaces, which confirms previous studies focusing on industrial risks (Coutrot, 2009; Ollé, *et al.*, 2015; Shaw and Turner 2003). However, no direct positive impact of such intervention on workplace welfare outcomes has been found. In fact, the intervention of union delegates seems to be related to higher levels of absenteeism. This situation is not new, since union presence has also been related to higher levels of accident rates (Fenn and Ashby, 2004; Hillage, *et al.*, 2000; Litwin, 2000). There are various explanations that have been given for this situation: on the one hand, in the most dangerous workplaces there can be a "call effect" from the workers to the unions for their defense (Fenn and Ashby, 2004: 479; Nichols, 1997: 149) and, on the other hand, the union presence could produce less underreporting of accidents due to their demands for compensation for professional contingency (Eaton and Nocerino, 2000: 278). With the results obtained in the present investigation we could incorporate a third hypothesis related to the functional diversity between the systems of general representation and those specialized in labor health. In this sense, the indicators that measure the indirect impact (of management and cultural activation) have been linked with greater intensity to the specialized representation systems (above all, with the joint committees

of labor safety and health) and, therefore, could be related to a cooperative role in management. On the other hand, union representation linked to greater labor absenteeism could be assigned a confrontational role, to the extent that they fight for the visibility of labor damages. Rescuing the initial analytical model (figure 1), we present below the summary of the main findings obtained in the course of our research (figure 6).

Figure 6  
Results of trade union impact on psychosocial risk management



As can be seen, the key element of the psychosocial risk management system is the direct and active participation of workers (which coincides with the findings of previous studies such as Robinson and Smallman, 2013), since it is the only indicator that has been linked to lower levels of absenteeism. In fact, the differences found between labor relations systems derive from the ability of representatives to activate the active participation of workers. Thus, countries with self-regulating systems in the Scandinavian and Anglo-Saxon areas have a high level of both general and specialized associative power, which allows them to promote a culture of prevention in the workplace, resulting in moderate levels of absenteeism. For their part, the Central European and Mediterranean countries present adequate levels of preventive management because this is required by law, but, however, are not capable of activating a self-regulating cul-

ture within the company, which leads to higher levels of absenteeism. However, it seems that having a high institutional power does not guarantee the efficiency of the system and may lead to a false sense of institutional security. Therefore, we propose to strengthen the associative power in countries where institutional power is the main source of power, which may be particularly difficult, especially in Mediterranean countries, since the low market power of workers (high unemployment rates, temporality and rotation, segmentation of the business fabric into micro-SMEs, etc.) is not only linked to a probability of suffering occupational accidents (Benavides *et al.*, 2006) but also erodes the associative power of unions (Gumbrell-McCormick and Hyman (2013).

The data seems to confirm this relationship. In the first case, we can see that Portugal has a standardized rate of 3,563 accidents per 100,000 workers in 2017, placing it next to France with 3,307 and Spain with 3,057 at levels that are almost double the EU-28 average of 1,666 (Eurostat, 2020). On the other hand, the associative resources available to workers' representatives in terms of prevention are comparatively weaker. Spain is the clearest example, since it went from recording a coverage rate of prevention delegates of 70% in ESENER-1 in 2009 to 51% in ESENER-2 in 2014, while Portugal and France recorded even lower levels (24% and 25% respectively), far from the European average of 58% (EU-OSHA, 2017), resulting in a spiral of erosion of preventive systems and the consequent increase in damage to the health of workers, without sufficient trade union capacity to reverse this trend. Some countries have supra-company networks of territorial prevention delegates (the most developed in Sweden, United Kingdom or Italy) that have proven to be able to penetrate the smallest companies and have had positive effects on the indicators of preventive management and the reduction of damages derived from work (Walters, *et al.*, 2018), so that the development of this type of representation in the Mediterranean and Central European countries could be an effective alternative for the defense of workers and the promotion of occupational safety and health.

## 5. Bibliography

- AUTENRIETH, Daniel. *et al.* (2016). Comparing Occupational Health and Safety Management System Programming with Injury Rates in Poultry Production. *Journal of Agromedicine*, 21(4), 364-372.
- BENAVIDES, Fernando, BENACH, Joan, MUNTANER, Carles, DELCLÓS, Jordi, CATOT, Nuria, and AMABLE, María. (2006). Associations between temporary employment and occupational injury: what are the mechanisms? *Occupational and Environmental Medicine*, 63(6), 416-421.
- BENEYTO, Pere, (2018). Representación sindical en la Unión Europea y España: Estructura, cobertura y nuevos retos. *Acciones E Investigaciones Sociales*, (38), 37-62.
- BIGGINS, David, PHILLIPS, Matt, O'SULLIVAN, Peter, (1991). Benefits of worker participation in health and safety. *Labour and Industry*, 4(1), 138-159.

- CAMAS, Ferrán, (2003) *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. España: Tirant lo Blanch.
- COUTROT, Thomas, (2009). Le rôle des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en France: Une analyse empirique. *Travail et Emploi*, (117), 25-38.
- CROUCH, Colin, (2014). Introduction: labour markets and social policy after the crisis. *Transfer*, 20(1), 7-22.
- EATON, Adrienne and NOCERINO, Thomas (2000). The effectiveness of Health and Safety Committees: Results of a Survey of Public Sector Workplaces. *Industrial Relations*, 39(2), 265-290.
- EUROSTAT, (2020). *Accidents at work by sex, age and severity (NACE Rev. 2 activity A, C-N)*. Available in: [https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hsw\\_mi01/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hsw_mi01/default/table?lang=en) (accessed 28 October 2020).
- EU-OSHA, (2017) *European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks, 2014*. European data portal. Available in: <http://data.europa.eu/88u/dataset/esener-2> (accessed 2 October 2020).
- EU-OSHA, (2018) *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- FENN, Paul, and ASHBY, Simon. (2004). Workplace Risk, Establishment Size and Union Density. *British Journal of Industrial Relations*, 42 (3),461-480.
- FINDLAY, Patricia, KALLEBERG, Arne, and WARHUST, Chris, (2013) The challenge of job quality. *Human Relations*, 66 (4), 441-451.
- FULTON, Katarina (2018), *Health and safety representation in Europe*. Labour Research Department and ETUI (online publication). Available in: <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations> (accessed 14 October 2020).
- GAGO, Angie (2016), Crisis, cambio en la UE y estrategias sindicales: el impacto de la condicionalidad en el repertorio estratégico de los sindicatos españoles durante la crisis de la eurozona. *Revista Española de Ciencia Política*, 42: 45-68.
- GEORGE, Darren, and MALLERY, Paul, (2003) *SPSS/PC+step by step: a simple guide and reference*. EEUU: Wadsworth Publishing Co. Belmont, CA.
- GUMBRELL-McCORMICK, Rebecca, and HYMAN, Richard. (2013). *Trade unions in Western Europe: hard times, hard choices*. Oxford: Oxford University Press.
- HILLAGE, J, KERSLEY, B, BATES, P and RICK, J (2000), *Workplace Consultation on Health and Safety, CRR 268/2000*. Sudbury: HSE Books.
- HUH, Jisu, DELORME, Denise.E, and REID, Leonard. N (2006), Perceived third-person effects and consumer attitudes on prevetting and banning DTC advesiting. *Journal of Consumer Affairs*, 40(1), 90-116.
- JOHNSTONE, Richard, QUINLAN, Michael, and WALTERS, David (2005), Statutory Occupational Health and Safety Workplace Arrangements for the Modern Labour Market. *The Journal of Industrial Relations*, 47(1), 93-116.
- KOUKIADAKI ARISTEA, TÁVORA, Isabel, and MARTÍNEZ-LUCIO, Miguel (2016), *Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis*. Bruselas: ETUI.
- KNUDSEN, H, BUSCK, O, and LIND, J (2011), Work environment quality: the role of workplace participation and democracy. *Work, Employment and Society*, 25(3), 379-396.
- LEKA, Stavroula, JAIN, Aditya, IAVICOLI, Sergio and DI TECCO, Cristina (2015), An evaluation of the policy context on psychosocial risks and mental health in the workplace in the European Union: achievements, challenges and the future. *BioMed Research International* 5: 1-18.

- LEKA, Stavroula, and JAIN, Aditya (2017), *Mental Health in the Workplace in Europe*. Funded by the European Union in the frame of the 3rd EU Health Programme (2014-2020).
- LEHNDORFF, Steffen, DRIBBUSCH, Heiner and SCHULTEN, Thorsten (2018), *Rough waters: European trade unions in a time of crises*. Bruselas: ETUI.
- LITWIN, Adam. S (2000), *Trade Unions and Industrial Injury in Great Britain. Discussion Paper 468*. London: Centre for Economic performance, London school of Economics and political Science.
- LLORENS, Clara, NAVARRO, Albert, SALAS, Sergio, UTZET, Mireia., and MONCADA, Salvador (2019), For better or for worse? Psychosocial work environment and direct participation practices. *Safety Science*, 116, 78-85.
- MENÉNDEZ, Mariú, BENACH, Joan, and VOGEL, Laurent (2009), *The impact of safety representatives on occupational health. A European perspective*. Brussels: ETUI.
- NAROCKI, Claudia, LÓPEZ-JACOB, María J, CANALETA, Eva, MORÁN BARRERO, Purificación., and BRISO-MONTIANO, Pedro (2011), *Impacto del asesoramiento sindical en salud laboral*. Madrid: ISTAS.
- NICHOLS, Theo (1997), *The Sociology of Industrial Injury*. London: Mansell.
- NICHOLS, Theo, Walters, David, and TASIRAN, Ali C (2007), Trade Unions, Institutional Mediation and Industrial Safety: Evidence from the UK. *Journal of Industrial Relations*, 49(2), 211-225.
- OLLÉ, Laia, VERGARA-DUARTE, Montse, BELVIS, Francesc, MENÉNDEZ-FUSTER, María, JÓDAR, Pere, and BENACH, Joan (2015), What is the impact on occupational health and safety when workers know they have safety representatives?. *Safety Science*, 74, 55-58.
- PAYÁ, Raúl, y BENEYTO, Pere (2018), Intervención sindical y salud laboral en la Unión Europea: dimensiones, cobertura e impacto. *metheados.Revista De Ciencias Sociales*, 6(2). <https://doi.org/10.17502/m.rcs.v6i2.238>
- RAINHORN, Judith. (2010). Le mouvement ouvrier contre la peinture au plomb. Stratégie syndicale, expérience locale et transgression du discours dominant au début du XXe siècle. *Politix*, 3(91), 7-26.
- REILLY, Barry, Paci, Pierella, and Holl, Peter (1995). Unions, safety committees and workplace injuries. *British Journal of Industrial Relations*, 33(2), 275-288.
- RIGBY, Mike, and GARCÍA-CALAVIA, Miguel A (2018), Institutional resources as a source of trade union power in Southern Europe. *European Journal of Industrial Relations*, 24(2): 129-143.
- ROBINSON, Andrew M., and SMALLMAN, Clive (2006), The contemporary British workplace: a safer and healthier place?. *Work, Employment and Society*, 20(1), 87-107.
- ROBINSON, Aandrew M., and SMALLMAN, Clive (2013), Workplace injury and voice: a comparison of management and union perceptions. *Work, Employment and Society*, 27(4), 674-693.
- SHERMAN, Allen C., WILLIAMS, Mark. L, AMICK, Benjamin C., HUDSON, Teresa J., and MESSIAS, Erick L (2020), Mental health outcomes associated with the COVID-19 pandemic: Prevalence and risk factors in a southern US state. *Psychiatry Research*, 293,113476.
- SHAW, Neil, and TURNER, Roger (2003), *The Worker Safety Advisors Pilot, HSE Research Report 144*. Sudbury: HSE Books.
- SCHMIDT, Werner, MÜLLER, Andrea, RAMOS-VIELBA, Irene, THÖRNQVIST, Annette, and THÖRNQVIST Christer (2017), *Finanzmarktkrise und Arbeitsbeziehungen im öffentlichen Sektor, Deutschland, Großbritannien, Schweden und Spanien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsges.

- SWUSTE, Paul, van GULIJK, Coen, and ZWAARD, Walter (2010), Safety metaphors and theories, a review of the occupational safety literature of the US, UK and The Netherlands, till the first part of the 20th century. *Safety Science*, 48 (8), 1000-1018.
- VOGEL, Laurent (2016), La actualidad del modelo obrero italiano para la lucha a favor de la salud en el trabajo. *Laboreal*, 12(2), 10-17.
- WALTERS, David, NICHOLS, Theo, CONNOR, Judith, TASIRAN, Ali, and CAM, Surhan (2005), *The role and effectiveness of safety representatives in influencing workplace health and safety*. UK: HSE Books.
- WALTERS, David, and NICHOLS, Theo (2006), Representation and consultation on health and safety in chemicals: An exploration of limits to the preferred model. *Employee relations*, 28(3), 230-254.
- WALTERS, David, and NICHOLS, Theo (2007), *Worker Representation and Workplace Health and Safety*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- WALTERS, David (2011), Worker representation and psycho-social risks: a problematic relationship?. *Safety Science*, 49(4), 599-606.
- WALTERS, David, and WADSWORTH, Emma (2014), Contexts and determinants of the management of occupational safety and health in European workplaces. *Policy and Practice in Health and Safety*, 12(2), 109-130.
- WALTERS, David, FRICK, Kaj., and WADSWORTH, Emma (2018), *Trade union initiatives to support improved safety and health in micro and small firms: Trade Union Prevention Agents (TUPAs) in four EU Member States*. Luxemburg : EU-OSHA.
- WALTERS, David, and WADSWORTH, Emma (2020), Participation in safety and health in European workplaces: Framing the capture of representation. *European Journal of Industrial Relations*, 26(1), 75-90.
- WARREN-LANGFORD, Paul, BIGGINS, David, and PHILLIPS, Matt (1993), Union participation in occupational health and safety in Western Australia. *Journal of Industrial Relations*, 35(4), 585-606.
- WEIL, David (1992), Building safety, the role of construction unions in the enforcement of OSHA. *Journal of Labor Research*, 13, 121-132.

# CONTENIDO PREVENTIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

## *Preventive content in collective bargaining*

RAQUEL POQUET CATALÁ\*

Universidad de Valencia, España

### RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis cualitativo y cuantitativo de los convenios colectivos de ámbito estatal de los dos últimos años y medio en cuanto a la regulación que contienen sobre la materia de seguridad y salud laboral. En este sentido, se procede a estudiar con detalle la regulación convencional sobre la formación, vigilancia de la salud, órganos de representación de los trabajadores, colectivos con protección especial y nuevos riesgos emergentes, en concreto, el acoso moral. Se concluye en general, que, desafortunadamente, y aunque se ha conseguido un avance importante al respecto, en los momentos actuales, y en general, la materia preventiva aún no ha tenido un adecuado reflejo en la negociación colectiva, ni siquiera en aquellos casos en los que la LPRL realiza un llamamiento expreso a la normativa convencional. Es decir, los resultados de la negociación colectiva en esta materia no son suficientes, pues la mayoría de los convenios se remiten simplemente a la LPRL, mediante meras declaraciones retóricas sobre la importancia de la misma, sin proponer una regulación adecuada y sistemática de la misma y, más en concreto, de las peculiaridades y particularidades de su sector productivo, cuando la finalidad de los mismos es concretamente ello.

Palabras clave: Negociación colectiva, Seguridad y salud laboral, Formación, Vigilancia de la salud, órganos de representación.

### ABSTRACT

*In this work, it is carried out a qualitative and quantitative analysis of the state-level collective agreements of the last two and a half years in terms of the regulations they contain on the matter of occupational health and safety. In this sense, it is proceeded to study in detail the conventional regulation on training, health surveillance, representative bodies of workers, groups with special protection and new emerging risks, specifically, moral harassment. It is generally concluded that, unfortunately, and although it has been made an important progress in this regard, at the present time, and in general, preventive matters have not yet been adequately reflected in collective bargaining, not even in those cases where those that the LPRL makes an express appeal to conventional regulations. In other words, the results of collective bargaining in this matter are not sufficient, since most of the agreements are simply referred to the LPRL, through mere rhetorical statements on its importance, without proposing an adequate and systematic regulation of it, and, more specifically, of the peculiarities and particularities of its productive sector, when their purpose is specifically this.*

*Keywords: Collective bargaining, Safety and health at work, Training, Health surveillance, Representative bodies.*

\* **Correspondencia a:** Raquel Poquet Catalá. Passeig De Les Germanies, 104, 5-9 46702 Gandía (Valencia), España. — [raquel.poquet@uv.es](mailto:raquel.poquet@uv.es) — <https://orcid.org/0000-0001-9606-8832>

**Cómo citar:** Poquet Catalá, Raquel. (2021). «Contenido preventivo en la negociación colectiva»; *Lan Harremanak*, 45, 231-256. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21961>).

Recibido: 18 agosto, 2020; aceptado: 14 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

Tal y como indica la LPRL en su art. 1

la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

Por tanto, las normas reguladoras de la seguridad y salud laboral son muy diversas, destacando, en este sentido, las normas comunitarias, siendo de subrayar el antecedente de la LPRL, esto es, la Directiva 89/391/CE, de 12 de junio; las normas internacionales, especialmente la OIT, concretamente, el Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981; la LPRL, Ley 31/1995, de 8 de noviembre; las disposiciones de desarrollo de la LPRL, esto es, normas reglamentarias; y, por último, los convenios colectivos.

Este último grupo normativo, esto es, la negociación colectiva constituye un ámbito de actuación clave que, no obstante, no ha sido utilizado con la intensidad que sería deseable. De hecho, la Exposición de Motivos de la LPRL señala que la ley

se configura 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, segundo, como soporte básico a partir de la cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica.

Por tanto, la LPRL se configura como la normativa legal mínima, a partir de la cual la negociación colectiva puede proceder a desarrollar, concretar y regular las condiciones de trabajo adaptándolas al sector en concreto.

Dentro de la negociación colectiva, tienen también especial importancia los acuerdos para la negociación colectiva que establecen criterios para llevar a cabo la contratación colectiva. Desde el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 1997 hasta el último de ellos, esto es, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que declara prorrogado el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, remitiéndose pues a éste en las materias de prevención de riesgos como objeto de regulación por la negociación. Es más, este último contiene menciones preventivas que no tenían los anteriores. Así, en el mismo se expresa el compromiso de las partes de establecer pautas a tener en cuenta en los convenios que se firmen recomendando evitar la adopción de convenios de compromisos relativos a pluses de toxicidad, penosidad o peligrosidad vinculados a determinados riesgos laborales; avanzar en la sustitución de los reconocimientos médicos generales e inespecíficos por exámenes específicos para favorecer la detección de enfermedades profesionales; concretar el contenido y duración de la formación específica; permitir que se designen delegados de prevención

en los ámbitos sectoriales mediante un procedimiento distinto al legal; incluir en el convenio los criterios y formas en los que los delegados de prevención deben colaborar con la dirección de la empresa; abordar los procedimientos de información y consulta relativos a la elaboración de planes de prevención y evaluaciones de riesgo; tratar la problemática derivada del consumo de alcohol y sustancias estupefacientes; o incluir disposiciones sobre los procedimientos de información y consulta de riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales.

Finalmente, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 pone énfasis en la necesidad de utilizar la negociación colectiva con dos objetivos principales, esto es, completar la norma, buscando una mayor aproximación a la realidad de la empresa, y promover la implicación de todos los afectados. El bienestar laboral precisa de la implicación de todos los agentes sociales, organizaciones empresariales y sindicales, así como de la Administración Pública.

## **2. La negociación colectiva como normativa reguladora en materia de prevención de riesgos laborales**

Como se ha indicado, la propia LPRL declara expresamente que la misma constituye una norma de derecho necesario mínimo, de tal forma que el convenio colectivo puede proceder a su desarrollo y concreción normativa. De hecho, la citada Ley realiza diversas llamadas al convenio colectivo para que mejore y despliegue sus contenidos, pues la misma indica expresamente en su art. 2 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.

No obstante, debe tenerse presente que no todo el contenido de la LPRL es calificado de Derecho necesario mínimo indisponible, sino que existen algunas parcelas excluidas. Concretamente, son negociables colectivamente, siempre con sentido de mejora, las materias reguladas en los capítulos tercero, sobre derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores; cuarto, sobre sistemas de prevención; y quinto, sobre consulta y participación de los trabajadores.

Por el contrario, quedan excluidas de la negociación aquellas materias que no se refieran a obligaciones contractuales de empresas y personas trabajadoras, como el capítulo primero y segundo, referidos al ámbito de ampliación, y a las instituciones públicas, respectivamente.

Por otro lado, cabe indicar también que, en determinados supuestos, la LPRL se remite expresamente a la negociación colectiva para que regule determinadas materias o que pueda establecer una previsión diferente, como lo es el sistema de designación de los delegados de prevención (art. 35.4 LPRL), o la creación de otros órganos específicos con las competencias de los delega-

dos de prevención en ámbitos territoriales más amplios que el de una empresa (art. 83.3 ET). La LPRL prevé que la negociación colectiva puede

articular de manera diferente los instrumentos de participación de los trabajadores en la empresa, 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 Ley, se salvaguarda a través de la disposición transitoria de ésta (art. 6 LPRL).

Es decir, que los convenios colectivos pueden proponer otros órganos diferentes a los que recoge la LPRL, así como concretar otros ámbitos de actuación diferentes que pueden comprender el centro de trabajo, la empresa, o secciones de la misma, o, incluso, el nivel supraempresarial. Asimismo, prevé también, en relación con los delegados de prevención, que puedan ser designados a través de otros sistemas, «siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los propios representantes del personal o a los propios trabajadores».

De igual modo, también el art. 35.4 LPRL permite igualmente que «las competencias reconocidas por esta Ley a los delegados de prevención sean ejercidas por otros órganos específicos creados en el propio convenio», tales como los delegados sectoriales o territoriales, posibilitando así que el convenio colectivo no sólo fije un nuevo procedimiento de designación de los delegados de prevención, sino que también decida que otras instancias adquieran tal responsabilidad. Además, el convenio colectivo puede organizar el campo de actuación de los delegados de prevención, pues el art. 35.4 LPRL señala que estos

podrán asumir, competencias generales con respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (Mendoza Navas, 2007: 13).

Por lo que se refiere al comité de seguridad y salud, el art. 38.3 LPRL señala que se podrán crear vía negociación colectiva Comités Intercentros de Seguridad y Salud cuando una empresa cuente con varios centros de trabajo dotados, cada uno, de un comité de seguridad y salud.

Por último, la negociación colectiva puede, como no, regular otros aspectos relacionados con la seguridad y salud laboral, como la violencia en el trabajo, alcoholismo o drogodependencia<sup>1</sup> o régimen disciplinario por incumplimiento de las obligaciones por parte de las personas trabajadoras (Sala Franco, 2007).

Por tanto, con este estudio se procede a realizar un análisis de la negociación colectiva, concretamente, de los convenios colectivos sectoriales y de empresa de

---

<sup>1</sup> VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018.

ámbito estatal comprendidos entre el 1 de enero de 2018 y el 31 de julio de 2020, siendo un total de 325 convenios. Sin ánimo de vislumbrar los resultados, se puede señalar que, desafortunadamente y aunque se ha conseguido un avance importante al respecto, en los momentos actuales, y en general, la materia preventiva aún no ha tenido un adecuado reflejo en la negociación colectiva, ni siquiera en aquellos casos en los que la LPRL realiza un llamamiento expreso a la normativa convencional. Es decir, los resultados de la negociación colectiva en esta materia no son suficientes, pues, la mayoría de los convenios se remiten simplemente a la LPRL, mediante meras declaraciones retóricas sobre la importancia de la misma, sin proponer una regulación adecuada y sistemática de la misma, y más en concreto, de las peculiaridades y particularidades de su sector productivo (Mendoza Navas, 2007, 15).

En definitiva, el convenio colectivo, además de ser poco innovador en esta materia, desaprovecha sus posibilidades de desarrollo, mejora e integración.

### **3. Análisis cualitativo y cuantitativo de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva**

#### **3.1. Tratamiento general y ubicación de la materia de seguridad y salud laboral en la negociación colectiva**

En general, la mayoría de los convenios contienen una pequeña referencia a la seguridad y salud laboral<sup>2</sup>, mientras que son pocos los que dedican buena parte del articulado a la regulación de esta materia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, Resol. de 27 de julio de 2020; Convenio colectivo del Grupo Zena SL, Resol. de 27 de julio de 2020; Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos, Resol. de 21 de julio de 2020; Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, Resol. de 8 de julio de 2020; Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas, Resol. de 31 de octubre de 2018; IV Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, Resol. de 6 de julio de 2018; Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, Resol. de 29 de junio de 2018; Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados, Resol. de 1 de junio de 2018; IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, Resol. de 29 de mayo de 2018; Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, Resol. de 23 de marzo de 2018; XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, Resol. de 22 de febrero de 2018; Convenio colectivo para el sector de prensa diaria, Resol. de 16 de febrero de 2018; Convenio colectivo del sector de industrias de pastas alimenticias, Resol. de 1 de febrero de 2018; Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, Resol. de 25 de enero de 2018; Convenio colectivo del sector de la jardinería, Resol. de 25 de enero de 2018; XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, Resol. de 8 de enero de 2018; V Convenio colectivo general de la industria salinera, Resol. de 8 de enero de 2018; Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2017-2018, Resol. de 8 de enero de 2018.

<sup>3</sup> Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, Resol. de 21 de julio de 2020; Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail

No obstante, el hecho de que se destine un espacio amplio para regular la materia de PRL no significa que se produzca un enriquecimiento cualitativo o una utilización adecuada y suficiente de las posibilidades que en este campo se le brindan a la negociación colectiva<sup>4</sup>, siendo pocos aquellos que sí que contienen diversos preceptos que aportan aspectos innovadores y de mejora de la normativa estatal<sup>5</sup>.

Debe señalarse que de los convenios consultados ya no se encuentran referencias a la antigua Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, aunque en algunos sí aparece aún la antigua terminología de «seguridad e higiene»<sup>6</sup> o hacen referencia a los «comités de seguridad e higiene»<sup>7</sup>.

Sorprende también aquellos convenios que, después de 25 años, aún no contienen regulación ni referencia alguna a la materia de prevención de riesgos laborales remitiéndose a la creación de una comisión paritaria sobre la materia<sup>8</sup>,

---

España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020; Convenio colectivo para la fabricación de conservas vegetales, Resol. de 31 de octubre de 2018; XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, Resol. de 31 de octubre de 2018; XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018; Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, Resol. de 2 de julio de 2018; Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, Resol. de 22 de febrero de 2018; Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, Resol. de 19 de enero de 2018.

<sup>4</sup> Convenio colectivo para la fabricación de conservas vegetales, Resol. de 31 de octubre de 2018; Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018; Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, Resol. de 30 de julio de 2018.

<sup>5</sup> Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020; XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, Resol. de 31 de octubre de 2018.

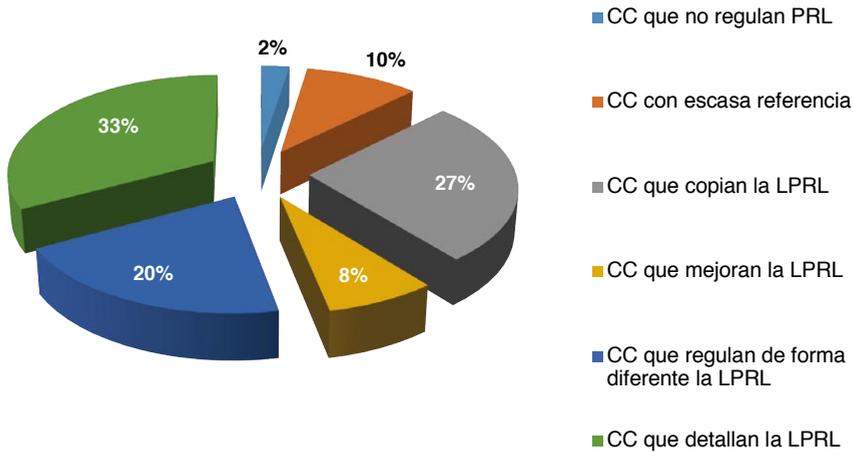
<sup>6</sup> Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, Resol. de 29 de junio de 2020; Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU), Resol. de 22 de junio de 2020; Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, Resol. de 4 de junio de 2020; Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020; Convenio colectivo del sector de las industrias del frío industrial, Resol. de 27 de septiembre de 2018; Convenio colectivo para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, para el período 2018-2021, Resol. de 11 de septiembre de 2018; Convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos, Resol. de 25 de enero de 2018.

<sup>7</sup> Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, Resol. de 8 de julio de 2020; VIII Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020; Convenio colectivo para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, para el período 2018-2021, Resol. de 11 de septiembre de 2018; Convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos, Resol. de 25 de enero de 2018.

<sup>8</sup> Convenio colectivo para las industrias de turrone y mazapanes, Resol. de 15 de abril de 2019; Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y Editores, Resol. de 12 de septiembre de 2018; Convenio colectivo estatal de la industria azucarera, Resol. de 19 de enero de 2018.

o simplemente a la LPRL sin ningún añadido más<sup>9</sup>, o como mucho contienen un precepto que se remite al art. 22 LPRL en materia de vigilancia de la salud<sup>10</sup>.

Figura 1  
Clasificación de convenios colectivos según su incidencia en la regulación de la materia de prevención de riesgos laborales (Fuente: elaboración propia)



En esta gráfica se puede observar como existe un elevado porcentaje de convenios (27 %) que se limitan a reproducir literalmente la ley, aunque algunos la regulan de forma diferente (20 %), y otros que detallan la LPRL, pero sin aportar novedades ni mejoras (33 %). Son escasos (un 8 %) los que contienen algunas mejoras en relación con la regulación legal.

En cuanto a la ubicación de esta área, a diferencia del resto de condiciones laborales, la materia de seguridad y salud laboral no siempre cuenta con un espacio independiente y propio, pues, en muchos convenios colectivos la regulación viene dispersa en distintos preceptos del convenio que hacen referencia a otros aspectos como representantes sindicales<sup>11</sup>, o bien viene agrupada en un mismo

<sup>9</sup> Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU, Resol. de 29 de julio de 2020; Convenio colectivo de BR Obra Pública, SL, Resol. de 10 de marzo de 2020.

<sup>10</sup> Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, Resol. de 23 de marzo de 2018.

<sup>11</sup> Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, Resol. de 19 de junio de 2020.

capítulo junto con otras materias como protección a la maternidad<sup>12</sup>, medio ambiente<sup>13</sup>, o junto con personas con capacidad disminuida<sup>14</sup>.

En otros casos, si bien el convenio colectivo organiza la seguridad y salud en el trabajo, no obstante, aunque viene recogido en un capítulo propio, no aporta ninguna innovación o mejora respecto de la regulación legal y reglamentaria<sup>15</sup>. Es destacable también que cuando se contiene un capítulo dedicado a esta materia, suele estar siempre en último lugar.

### 3.2. Formación

Posiblemente, sea la formación en materia de prevención uno de los elementos centrales de esta materia. El art. 19 LPRL impone a la empresa la obligación de proporcionar y, por ende

garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.

Además, se establece que la formación debe «estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario». Deberá ser impartida durante la jornada laboral y, si no es posible, detrayendo de ésta el tiempo destinado a la misma, debiendo ser garantizada a toda persona trabajadora no sólo al inicio de su relación contractual, sino tam-

---

<sup>12</sup> Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, Resol. de 27 de julio de 2020.

<sup>13</sup> Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo), Resol. de 19 de junio de 2020; Convenio colectivo del sector de las industrias del frío industrial, Resol. de 27 de septiembre de 2018; Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018; Convenio colectivo para el sector de prensa diaria, Resol. de 16 de febrero de 2018.

<sup>14</sup> Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU, Resol. de 22 de junio de 2020.

<sup>15</sup> IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 20 de julio de 2020; III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018; Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas, Resol. de 31 de octubre de 2018; VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018; Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018; Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, Resol. de 30 de julio de 2018; Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, Resol. de 19 de enero de 2018.

bién cuando tenga lugar cualquier modificación en las funciones que desarrolla, o en los equipos de trabajo que utiliza, o se introduzcan nuevas tecnologías.

También debe hacerse referencia al art. 28 LPRL que prescribe que las personas trabajadoras temporales o contratadas a través de una ETT recibirán una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional, y los riesgos a los que vayan a estar expuestos. En este sentido, son importantes las cláusulas expresas de aquellos convenios que contienen una declaración de igualdad entre personas trabajadoras temporales o indefinidas<sup>16</sup>. Por su parte, el art. 37 LPRL se refiere a la formación de los delegados de prevención indicando que la empresa deberá proporcionar a estos representantes la formación necesaria para el ejercicio de sus funciones.

En general, puede concluirse que la formación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales no es objeto de una regulación completa por parte de los convenios colectivos, pues pueden encontrarse un gran número de convenios que silencian esta materia, mientras que otros se limitan a reproducir el precepto legal<sup>17</sup>, y otros incluso se restringen a indicar que la empresa deberá ofrecer un curso de formación anual de cuatro horas de duración<sup>18</sup>.

Son pocos los que detallan el contenido formativo, como por ejemplo, la formación que se debe proporcionar como básica a las personas trabajadoras<sup>19</sup>, o incluso a los delegados de prevención<sup>20</sup>. Y algunos, además, lo configuran de forma expresa como un derecho de las personas trabajadoras<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, zona 3), Tarragona, Gerona y Palma de Mallorca, Resol. de 29 de junio de 2020.

<sup>17</sup> III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018; Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, Resol. de 22 de febrero de 2018; Convenio colectivo del sector de industrias de pastas alimenticias, Resol. de 1 de febrero de 2018.

<sup>18</sup> V Convenio colectivo general de la industria salinera, Resol. de 8 de enero de 2018.

<sup>19</sup> Convenio colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, Resol. de 29 de junio de 2020, que señala en su art. 60 que el contenido debe incluir: «Riesgos potenciales.

- Productos que se utilizan.
- Procedimientos de prevención.
- Protecciones mecánicas.
- Equipos de protección individual (EPIS), su correcta elección, uso, funcionamiento y mantenimiento.
- Manipulación de cargas, equipos, pantallas de visualización, etc». Además, divide la formación en dos áreas: «una, a impartir junto con los cursos de tipo técnico, que hará referencia a los temas específicos del propio curso. Otra de tipo general, sobre y en el mismo puesto de trabajo».

En términos similares, Convenio colectivo de Districenter, SA, Resol. de 1 de marzo de 2020.

<sup>20</sup> XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, Resol. de 31 de octubre de 2018; VII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, Resol. de 19 de diciembre de 2017.

<sup>21</sup> Convenio colectivo de Compañía Auxiliar al Cargo Express, SA, Resol. de 1 de julio de 2020.

En algunos sectores se hace hincapié en la formación como parte integrante de los programas formativos de las empresas como complemento de la cualificación profesional, siendo así un módulo más del sistema de gestión formativa del sector. De ahí que algunos convenios prevean la constitución de una comisión paritaria de seguridad y salud dotándole de competencias en materia de diseño y planificación de los programas formativos en materia preventiva<sup>22</sup>.

Destacan en esta materia, por un lado, el Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM)<sup>23</sup> que establece una formación mínima obligatoria para las personas trabajadoras diferenciando según su puesto, así como también especifica la formación de aquellas personas trabajadoras que deban prestar servicios en obras de construcción y crea la Tarjeta Profesional como documento acreditativo de la formación recibida. Por otro lado, cabe destacar también el convenio colectivo general de la construcción<sup>24</sup>, el cual dedica un título específico a la información y formación en seguridad y salud laboral, siendo el referente la Fundación Laboral de la Construcción. El convenio fija dos ciclos formativos detallando sus contenidos y la competencia de la Fundación Laboral de la Construcción para acreditar la formación específica recibida por la persona trabajadora en materia de prevención de riesgos laborales a través de la expedición de la Tarjeta Profesional de la Construcción.

### 3.3. Vigilancia de la salud

La vigilancia de la salud es otro de los aspectos clave de la seguridad y salud laboral, la cual viene regulada en el art. 22 LPRL. Dicho precepto impone a la empresa la obligación de ofrecer y garantizar «a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo». No obstante, por parte de la persona trabajadora, se requiere su consentimiento, siendo, en principio, pues voluntaria, salvo

previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Asimismo, el art. 22 LPRL requiere que la vigilancia se lleve a cabo respetando el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona trabajadora, así como la confidencialidad de toda la información al respecto.

---

<sup>22</sup> VIII Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020.

<sup>23</sup> Resol. de 11 de diciembre de 2019.

<sup>24</sup> Convenio colectivo general del sector de la construcción, Resol. de 21 de septiembre de 2017.

Por su parte, la regulación convencional, aunque la vigilancia de la salud se encuentra entre los aspectos que pueden ser regulados por la misma, no obstante, no siempre mejora ni innova en este aspecto. En general, los convenios colectivos se limitan a reproducir parcialmente alguno de los apartados del art. 22 LPRL<sup>25</sup>. En este sentido, se reitera la obligación de la empresa de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras a su servicio, y la obligación de realizar reconocimientos médicos periódicos<sup>26</sup>. Y, en muchos casos, también simplemente se remiten directamente al art. 22 LPRL<sup>27</sup>.

Son escasos aquellos convenios que inciden en el consentimiento de la persona trabajadora o el carácter voluntario del reconocimiento médico<sup>28</sup>. Algunos convenios también recogen los supuestos de exclusión del consentimiento de la persona trabajadora que prevé el art. 22 LPRL<sup>29</sup>. Otros van más allá y especifican de forma expresa los supuestos que quedan exentos de la voluntariedad, esto es

En particular, estarán exentos de voluntariedad:

1. El examen de salud inicial de los trabajadores, así como, con motivo de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud. También lo será el examen de salud de los mismos, con motivo de situaciones protegidas, considerando como tales, las recogidas en los artículos 25 (Protección de trabajadores especialmente sensibles), 26 (Protección de la maternidad) y 27 (Protección de los menores) de la Ley de Prevención. A estos efectos, tendrá también la consideración de situación protegida:

---

<sup>25</sup> III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018; XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018, Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, Resol. de 23 de marzo de 2018; Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, Resol. de 25 de enero de 2018.

<sup>26</sup> III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018; XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, Resol. de 31 de octubre de 2018; XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018; IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, Resol. de 29 de mayo de 2018; Convenio colectivo del sector de industrias de pastas alimenticias, Resol. de 1 de febrero de 2018.

<sup>27</sup> Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas, Resol. de 31 de octubre de 2018; Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, Resol. de 2 de julio de 2018; Convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos, Resol. de 25 de enero de 2018.

<sup>28</sup> Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, Resol. de 21 de julio de 2020; VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018; IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, Resol. de 29 de mayo de 2018.

<sup>29</sup> Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, Resol. de 8 de julio de 2020.

- La reincorporación al puesto de trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.
- La comunicación por parte del trabajador de situaciones diagnosticadas de su estado de salud, que puedan resultar sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

2. El examen de salud periódico de los trabajadores, cuando así sea establecido en la Planificación Anual de Medicina del Trabajo por el servicio de prevención, fundamentado en la existencia de riesgo de enfermedad profesional en el puesto de trabajo ocupado, a tenor de lo recogido en la Ley General de la Seguridad Social y el R.D. 1299/2006 por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales.

3. La necesidad de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para terceras personas<sup>30</sup>.

Lo que sí deben recoger los convenios es la periodicidad de los reconocimientos médicos, siendo por lo común, el carácter anual<sup>31</sup>, aunque no todos lo prevén.

También suelen reiterar muchos convenios la necesidad de que el reconocimiento médico cause las menores molestias posibles a las personas trabajadoras y sea proporcional al riesgo, y respetando sus derechos a la intimidad y dignidad<sup>32</sup>. En relación con ello también se hace hincapié en recordar que la información de carácter personal no podrá facilitarse a la empresa o a otras personas sin consentimiento expreso de la persona trabajadora, pues la empresa y las personas responsables en materia de prevención serán informadas de los aspectos que traigan causa de los controles efectuados en relación con la aptitud de la persona trabajadora o la necesidad de incorporar o mejorar las medidas preventivas y de protección<sup>33</sup>.

Algunos convenios van más allá e incluyen también la posibilidad de realizar una «una revisión anual ginecológica a cargo de la Empresa, cuyo importe máximo no podrá exceder de 150,00 euros/año y cuyo reembolso se realizará previa presentación de factura»<sup>34</sup>, o que se hará

---

<sup>30</sup> Convenio colectivo de Globalia Handling, SAU, Resol. de 10 de marzo de 2020.

<sup>31</sup> XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018; VII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, Resol. de 19 de diciembre de 2017.

<sup>32</sup> Convenio colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas, Resol. de 8 de julio de 2020; Convenio colectivo de Compañía Auxiliar al Cargo Express, SA, Resol. de 1 de julio de 2020; III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018; VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018.

<sup>33</sup> Convenio colectivo de Compañía Auxiliar al Cargo Express, SA, Resol. de 1 de junio de 2020.

<sup>34</sup> Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU, Resol. de 22 de junio de 2020.

especial valoración de los riesgos que puedan afectar a trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente y personal especialmente sensible a determinados riesgos, aplicándose el Protocolo de Reconocimientos Médicos para usuarios de PVD del Ministerio de Sanidad (cuestionarios de función visual, síntomas osteomusculares, características de la tarea y valoración de la carga mental) o normativa que lo sustituya<sup>35</sup>.

Otros convenios especifican que los controles médicos deben efectuarse dentro de la jornada laboral siempre que sea posible, siendo considerado tiempo de trabajo<sup>36</sup>, previéndose incluso que los gastos de desplazamiento, siempre que sea en transporte público, serán abonados por la empresa<sup>37</sup>. Y en el caso de trabajo a turnos o nocturno dicha consideración se hará con cargo a la jornada laboral del día posterior al del reconocimiento<sup>38</sup>.

Algunos convenios establecen la obligación de confeccionar un historial médico-laboral para cada persona trabajadora que le será entregada por el servicio de prevención, cuando finalice su relación laboral, salvo que la duración del contrato sea inferior a un año, en cuyo caso, y sin justificación razonable, la entrega se realizará previa solicitud de la persona trabajadora afectada por la extinción<sup>39</sup>.

De cualquier forma, sorprende el que algunos convenios indican que el reconocimiento médico debe ser solicitado por la persona trabajadora<sup>40</sup>, cuando claramente constituye una obligación de la empresa.

### 3.4. Participación de las personas trabajadoras mediante órganos de representación

La participación de las personas trabajadoras en materia preventiva viene recogida en diversos preceptos de la LPRL, como los arts. 2, 14 o 18. No obstante, es el capítulo V el que detalla la consulta y participación, regulando a tal efecto dos instituciones propias, como el delegado de prevención, regulado en los arts. 35 a 37, y el comité de seguridad y salud, en los arts. 38 y 39.

---

<sup>35</sup> Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito, Resol. de 19 de junio de 2020.

<sup>36</sup> IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020.

<sup>37</sup> IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020; Convenio colectivo para el sector de harinas panificables y sémolas, Resol. de 4 de junio de 2020.

<sup>38</sup> VIII Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020; II Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), Resol. de 11 de diciembre de 2019.

<sup>39</sup> VIII Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020.

<sup>40</sup> Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, Resol. de 4 de junio de 2020; IV Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, Resol. de 6 de julio de 2018.

En primer lugar, en cuanto a los delegados de prevención, el art. 35 LPRL dispone que serán designados por y entre los representantes del personal, pre- viendo, no obstante, su apartado 4 que en los convenios colectivos podrán fijarse otros sistemas de designación de los mismos. Es decir, según la LPRL los delegados de prevención, como regla general, serán nombrados por y entre los representantes unitarios, pero permitiendo el mismo art. 35.4 LPRL que

en los convenios colectivos podrán fijarse otros sistemas de designación de los delegados de prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores.

Sin embargo, aunque, como se ha indicado, la LPRL permite una regulación totalmente abierta, los convenios colectivos no aportan ninguna novedad e innovación, pues suelen referirse directamente a la LPRL<sup>41</sup>. Y los que tratan de regular la materia se limitan simplemente a reproducir el contenido de la LPRL tanto en cuanto a su número, como la forma de designación<sup>42</sup>, siendo pocos los que prevén una regulación diferente, como el hecho de que sean designados entre los representantes unitarios o sindicales<sup>43</sup>; «de entre la plantilla del centro de trabajo, por los representantes de los trabajadores»<sup>44</sup>; o bien, en algún caso se prevé que

los delegados de prevención deberán tener la condición de representantes de los trabajadores, salvo que, por acuerdo mayoritario de dichos representantes, elijan a aquel trabajador que consideren más adecuado para el desempeño de las funciones vinculadas a la prevención de riesgos laborales<sup>45</sup>.

En cuanto al número, generalmente o bien se remiten al art. 35 LPRL, o bien copian literalmente dicho precepto. Sólo en algunos casos se observa una mejora convencional cuando se determina que en las empresas de hasta 100 personas trabajadoras existirá un delegado de prevención por cada 25 personas trabajadoras o fracción, o se contempla la posibilidad de que sean designados «por los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, como delegado de prevención, otros trabajadores de la propia empresa que no sean representantes del personal»<sup>46</sup>. Así también se prevé en algún convenio que el número lo

---

<sup>41</sup> Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, Resol. de 30 de julio de 2018.

<sup>42</sup> III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018.

<sup>43</sup> VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018.

<sup>44</sup> XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018.

<sup>45</sup> VIII Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020.

<sup>46</sup> XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, Resol. de 31 de octubre 2018.

será «conforme a la escala establecida en el artículo 35 de la Ley, con excepción del tramo de 50 a 100 trabajadores en el que el número de delegados de prevención será de tres»<sup>47</sup>.

En cuanto a sus competencias y facultades, la regulación convencional se limita a remitirse a la LPRL. Lo mismo cabe decir en cuanto a su formación.

Por lo que se refiere a las garantías de los delegados de prevención, tampoco son objeto de regulación convencional. La generalidad de los convenios copian literalmente la regulación legal<sup>48</sup>, siendo pocos los que prevén mejoras, como aquellos que prevén un crédito horario adicional de diez horas<sup>49</sup>, o «se asignará un crédito horario adicional de quince horas mensuales, exclusivamente, a los Delegados de Prevención»<sup>50</sup>, o gradual atendiendo a la plantilla de la empresa, de tal forma que:

- En empresas de 6 a 10 trabajadores/as: 5 horas.
- En empresas de 11 a 49 trabajadores/as: 10 horas.
- En empresas de 50 trabajadores/as en adelante: 25 horas<sup>51</sup>.

En segundo lugar, en relación con el comité de seguridad y salud, más limitado es el tratamiento convencional, pues la generalidad de los convenios se remite directamente a la LPRL, o proceden a reproducir literalmente la redacción legal. No obstante, en algunos convenios se prevé la constitución de este órgano por delegaciones territoriales<sup>52</sup> en empresas o centros con 30 o más trabajadores<sup>53</sup>, desempeñando el convenio una función claramente de mejora, o en algunos, sorprendentemente, los nombra en unos apartados como «comités de empresa» y en otros como «comités de seguridad y salud» confundiendo dichos comités, cuando son diferentes<sup>54</sup>. Alguna mejora se observa en la regulación de las reuniones cuando algunos convenios prevén que las mismas sean con una periodicidad mínima bimensual<sup>55</sup>, o incluso mensual<sup>56</sup>.

<sup>47</sup> XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018.

<sup>48</sup> Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU, Resol. de 22 de junio de 2020.

<sup>49</sup> II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías, Resol. de 26 de julio de 2017.

<sup>50</sup> Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, Resol. de 22 de febrero de 2018.

<sup>51</sup> Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018.

<sup>52</sup> XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal, Resol. de 8 de enero de 2018.

<sup>53</sup> VII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, Resol. de 19 de diciembre de 2017.

<sup>54</sup> Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018.

<sup>55</sup> Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, Resol. de 30 de julio de 2018.

<sup>56</sup> VII Convenio colectivo estatal del sector del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020.

Por último, además de estos dos órganos de representación, en algunos convenios se contempla la posibilidad de que las empresas con varios centros de trabajo provistos de comités de seguridad y salud acuerden con las personas trabajadoras la constitución de un comité intercentros<sup>57</sup> definiéndose con detalle sus competencias, sus funciones y el régimen de funcionamiento interno en cuanto a reuniones y toma de decisiones<sup>58</sup>.

En algunos otros también se prevé la creación de órganos paritarios estatales sectoriales de seguridad y salud<sup>59</sup>, comisiones mixtas de seguridad y salud laboral<sup>60</sup>, así como los delegados sectoriales de prevención al indicar que

---

<sup>57</sup> IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020; II Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), Resol. de 11 de diciembre de 2019; XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018.

<sup>58</sup> Por ejemplo, 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, Resol. de 21 de julio de 2020, prevé que las competencias de este comité intercentros son «1. Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en los centros de la provincia. A tal efecto, en su seno se debatirán antes de su puesta en práctica, y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos, los proyectos en materia de:

- Planificación.
- Organización del trabajo.
- Introducción de nuevas tecnologías.
- Organización y desarrollo de las actividades de protección y prevención.
- Proyecto y organización de la formación en materia preventiva.

2. Proponer y promover iniciativas tendentes a mejorar los niveles de prevención de los riesgos en los centros de la empresa.

3. Ser consultado, facilitando una reunión al efecto del Comité, con carácter previo a la adopción de medidas en las siguientes cuestiones:

- La filosofía y líneas básicas de organización de los Servicios de Prevención.
- Las modificaciones al Procedimiento de Evaluación de Riesgos Laborales.
- Las políticas generales sobre Salud y Seguridad en el Trabajo.

4. Promover las actuaciones y medidas que, a su juicio, mejoren los niveles de prevención de riesgos del conjunto de la empresa.

5. Recibir información sobre:

- Los índices de accidentabilidad en la empresa.
- Las políticas y programas generales en materia de medio ambiente».

<sup>59</sup> III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), Resol. de 11 de diciembre de 2019; Convenio colectivo estatal del sector de industrias de aguas de bebida envasadas, Resol. de 31 de octubre de 2018; Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018; Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, Resol. de 2 de julio de 2018; Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias, Resol. de 22 de febrero de 2018; V Convenio colectivo general de la industria salinera, Resol. de 8 de enero de 2018.

<sup>60</sup> Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, Resol. de 19 de enero de 2018.

se nombrarán por las organizaciones sindicales firmantes del presente convenio colectivo, hasta 5 delegados o delegadas sectoriales de prevención, en proporción a su representación en la comisión paritaria del convenio colectivo. Sus competencias y facultades son las atribuidas a los delegados y delegadas de prevención, así como las que emanen de las decisiones del comité central de seguridad y salud laboral y las que se acuerden en el reglamento del propio comité. Su ámbito de actuación serán todas las empresas afectadas por el presente convenio colectivo. En ningún caso, las actuaciones de estos delegados y delegadas sectoriales de prevención prevalecerán sobre las de los delegados y delegadas de prevención de las empresas. Donde no se hubiesen designado delegados y delegadas de prevención en el ámbito empresarial, los delegados y delegadas sectoriales asumirán sus funciones y en las empresas en las que existan, delegados y delegadas de prevención los delegados y delegadas sectoriales colaborarán con ellos y ellas<sup>61</sup>.

Otros crean los Comités sectoriales de Seguridad y Salud en el Sector<sup>62</sup> configurándolos como un comité paritario formado por 4 personas representantes de cada parte, y definiéndose con detallesus funciones, competencias y garantías. Algunos también hacen referencia a la creación de un «Comité Mixto de Seguridad y Salud en el Trabajo y Medio Ambiente»<sup>63</sup>.

No obstante, otros convenios, en vez de crear comités específicos, atribuyen a la propia comisión paritaria del convenio competencias específicas en materia de seguridad y salud laboral<sup>64</sup>, tales como el estudio de las enfermedades profesionales del sector , o el análisis y valoración de iniciativas en la materia.

Así, concretamente, destaca el convenio colectivo general de la construcción que contempla la creación del «órgano paritario para la prevención en la construcción», y la «comisión paritaria sectorial de seguridad y salud en el trabajo». El primero tiene como fin apoyar a las empresas y centros de trabajo del sector en la prevención de riesgos laborales, y el segundo actuar como interlocutor social sectorial en materia de seguridad y salud.

### 3.5. Colectivos con protección especial

En relación con los colectivos con protección especial, como es sabido, los arts. 25 a 28 LPRL se dedican a regular las particularidades de estos colectivos. El art. 25 LPRL se refiere a las personas trabajadoras especialmente sensibles; el

---

<sup>61</sup> VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018.

<sup>62</sup> Convenio colectivo del sector de comercio de flores y plantas, Resol. de 28 de agosto de 2018.

<sup>63</sup> XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018. En términos muy similares IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, Resol. de 29 de mayo de 2018.

<sup>64</sup> Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados, Resol. de 1 de junio de 2018.

art. 26 a las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia; el art. 27 a los menores de edad; y el art. 28 a las personas trabajadoras temporales, o provenientes de empresas de trabajo temporal.

En general, los convenios colectivos, únicamente recogen el grupo de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, olvidándose del resto de colectivos. Soy muy pocos los que recogen referencias a las personas trabajadoras especialmente sensibles, limitándose a reproducir los artículos 25 a 28 LPRL<sup>65</sup>.

Por lo que se refiere a las personas trabajadoras especialmente sensibles, son muy pocos los que las tratan y cuando lo hacen simplemente copian el contenido del art. 25 LPRL<sup>66</sup>, y otros simplemente se remiten a la legislación reguladora<sup>67</sup>. Algunos simplemente las nombran como una obligación a la que debe acatarse la empresa pero sin especificar nada más<sup>68</sup>. No obstante, algunos regulan de forma expresa que

cuando un trabajador fuera considerado especialmente sensible a determinados riesgos de su puesto de trabajo, y no existiera un puesto equivalente exento de exposición a dichos riesgos, el trabajador deberá ser destinado a un puesto no correspondiente a su grupo, compatible con su estado de salud, si bien conservará, como mínimo, el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen<sup>69</sup>.

La mayoría de los convenios se limitan simplemente a reproducir el contenido del art. 26 LPRL<sup>70</sup>. Algunos convenios, aunque transcriben prácticamente el citado precepto estatutario, no obstante, tratan de desarrollar y completar dicha regulación haciendo referencia a la prestación de la Seguridad Social por

---

<sup>65</sup> Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, Resol. de 8 de agosto de 2019.

<sup>66</sup> III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018.

<sup>67</sup> Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio, Resol. de 2 de marzo de 2020; III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018.

<sup>68</sup> VII Convenio colectivo de Diario ABC, SL, Resol. de 13 de febrero de 2020.

<sup>69</sup> Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 9 de marzo de 2020. En igual términos Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, Resol. de 30 de septiembre de 2019.

<sup>70</sup> Convenio colectivo Gestaser Obras y Servicios, SL, Resol. de 29 de julio de 2020; Convenio colectivo de Districenter, SA, Resol. de 1 de marzo de 2020; III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resol. de 31 de octubre de 2018; XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, Resol. de 31 de octubre de 2018; VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, Resol. de 11 de septiembre de 2018; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, Resol. de 11 de septiembre de 2018; Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, Resol. de 23 de marzo de 2018; XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, Resol. de 22 de febrero de 2018; Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, Resol. de 19 de enero de 2018.

riesgo durante el embarazo o la lactancia como medida complementaria de la suspensión, o introduciendo el concepto de «permuta» como medida a tomar por la empresa para sustituir a la trabajadora afectada<sup>71</sup>.

Incluso, algunos convenios —mínimos- prevén notables mejoras o prerrogativas para las trabajadoras embarazadas, como

1. Parking para embarazadas. A partir del sexto mes de embarazo, se facilitará la utilización del aparcamiento más cercano al centro de trabajo. Solamente se podrá ejercer este derecho en los días efectivos de trabajo, durante el periodo de embarazo y mientras se esté en situación de alta laboral. 2. A partir de la semana 33 de embarazo la trabajadora, a su voluntad y previa comunicación a RR.HH., podrá trabajar únicamente en horario de jornada intensiva. En el caso de embarazadas con régimen de jornada a turnos las horas correspondientes se acumularán, compensándolas antes del nacimiento. 3. Protección de la maternidad. Especial atención se prestará a las trabajadoras que se encuentren en situación de embarazo o parto reciente, así como al hijo no nacido, evitando todo riesgo que pudiera afectarles. A petición de la trabajadora, se considerará el dispensarla del turno nocturno en periodos de lactancia y maternidad. Adicionalmente y como medida de protección a la salud de la embarazada se establece, a favor de la gestante, el derecho a disfrutar de un permiso retribuido de quince días naturales previos al parto<sup>72</sup>.

### 3.6. Riesgos emergentes: acoso moral

Frente a los nuevos riesgos emergentes, la negociación colectiva es consciente y, poco a poco, va asumiendo como suya la necesidad de luchar contra el acoso moral en el trabajo. Así se reconoce como un derecho de las personas trabajadoras, vinculado a la dignidad y a la integridad física y moral, siendo responsabilidad de la empresa garantizar unas condiciones de trabajo adecuadas. Así se indica que

considerando que cualquier actitud que contravenga este derecho entra en contradicción con la cultura empresarial del Grupo, y conscientes de que el acoso afecta directamente a la dignidad de la persona, así como a la productividad y la eficiencia en el trabajo, queda expresamente prohibida cualquier conducta en el ámbito laboral de acoso moral, físico, sexual o por razón de sexo<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020.

<sup>72</sup> Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU), Resol. de 22 de junio de 2020.

<sup>73</sup> Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU), Resol. de 22 de junio de 2020.

En este sentido, destaca el hecho de que algunos convenios colectivos, conscientes de los emergentes problemas de acoso laboral en el trabajo, están elaborando unos protocolos específicos con el fin de eliminar estas situaciones<sup>74</sup>. Cabe recordar que el acoso laboral, como riesgo psicosocial, si bien existe desde el inicio de la actividad laboral, no obstante, su tratamiento y su identificación como fenómeno y como riesgo psicosocial ha sido mucho más reciente. Es decir, se trata de un fenómeno antiguo, coetáneo al nacimiento de la relación laboral, pero que tiene un reconocimiento reciente debido a su mayor incidencia y a los graves perjuicios sobre la salud psíquica y social de las personas trabajadoras. De hecho, ha sido recogido por la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el Acuerdo Marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo (Bruselas, 8 de noviembre de 2007, COM (2007) 686 final), donde se indica que el mismo tiene lugar «cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y de forma deliberada, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo».

En materia negocial se pueden encontrar, en primer lugar, convenios colectivos que sólo se limitan a definir el acoso laboral<sup>75</sup>; o aquellos convenios colectivos que realizan declaraciones genéricas sobre la importancia de erradicar el acoso psicológico<sup>76</sup>.

También se pueden encontrar convenios que además de definir el acoso, tratan de ir más allá, estableciendo medidas preventivas y de intervención, entre las que se pueden encontrar medidas disciplinarias recogiendo el acoso como falta muy grave<sup>77</sup>; así como aquellos convenios que en este mismo sentido hacen refe-

---

<sup>74</sup> Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, Resol. de 27 de diciembre de 2019.

<sup>75</sup> III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM), Resol. de 11 de diciembre de 2019; Resol. de 22 de noviembre de 2019; XIX Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018; Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, Resol. de 29 de junio de 2018.

<sup>76</sup> Convenio colectivo estatal del corcho, Resol. de 6 de marzo de 2020; Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, Resol. de 29 de junio de 2018.

<sup>77</sup> Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, zona 3), Tarragona, Gerona y Palma de Mallorca, Resol. de 29 de junio de 2020; Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, Resol. de 4 de junio de 2020; Convenio colectivo de Globalia Handling, SAU, Resol. de 10 de marzo de 2020; Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022, Resol. de 23 de diciembre de 2019; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, Resol. de 11 de septiembre de 2018; Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional, Resol. de 30 de julio de 2018; XIX Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018; Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, Resol. de 29 de junio de 2018.

rencia a la constitución de órganos específicos o comisiones ad hoc para evaluar, planificar y actuar frente al acoso laboral<sup>78</sup>.

Asimismo, en este grupo se pueden encontrar convenios que además de definir el acoso, contienen unas mínimas medidas de intervención y regulación de actuaciones frente al acoso<sup>79</sup>, así como aquellos que van más allá adoptando un claro enfoque preventivo conteniendo un protocolo de acoso laboral<sup>80</sup>.

Como ejemplo, se pueden encontrar declaraciones como las de que el objetivo es

prevenir y erradicar las situaciones discriminatorias por razón de género, constitutivas de acoso, en su modalidad de acoso sexual y acoso por razón de sexo, así como las situaciones de acoso moral o «mobbing».

Por ello, en el caso de que en la empresa no existiera un procedimiento para prevenir y actuar contra los diferentes acosos (protocolo de acoso en la empresa), el presente protocolo les será de aplicación, asumiendo la Empresa su responsabilidad en orden a erradicar un entorno de conductas contrarias a la dignidad y valores de la persona y que pueden afectar a su salud física o psíquica.

A tal efecto, en este Protocolo se consideran dos aspectos fundamentales: la prevención del acoso y la reacción empresarial frente a denuncias por acoso, por lo que se dictaminan dos tipos de actuaciones:

1. Establecimiento de medidas orientadas a prevenir y evitar situaciones de acoso o susceptibles de constituir acoso.
2. Establecimiento de un procedimiento interno de actuación para los casos en los que, aun tratando de prevenir dichas situaciones, se produce una denuncia o queja interna por acoso, por parte de alguna persona<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Convenio colectivo de Hertz de España, SL, Resol. de 23 de diciembre de 2019.

<sup>79</sup> Convenio colectivo del Grupo Nortegás (Nortegás Energía Distribución, SAU, NED España Distribución Gas, SAU, NED GLP Suministro, SAU, y Nortegás Energía Grupo, SLU), Resol. de 22 de junio de 2020; IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Dia Retail España, SAU, Resol. de 2 de julio de 2020.

<sup>80</sup> Convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales (Bebidas Naturales, SL, Aguas de Cortes, SA, Agua de Bronchales, SA, Fuente Arevalillo, SL y Font Teix, SA), Resol. de 20 de julio de 2020; 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, Resol. de 21 de julio de 2020; Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos, Resol. de 21 de julio de 2020; Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el periodo 2019-2022, Resol. de 23 de diciembre de 2019; Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados, Resol. de 1 de junio de 2018; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, Resol. de 11 de septiembre de 2018.

<sup>81</sup> Protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso del Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas, Resol. de 2 de agosto de 2018.

Son minoritarios, pero cada vez más, se observa la integración en las empresas de protocolos específicos sobre acoso laboral o violencia en el trabajo, aunque sea como anexos al propio convenio<sup>82</sup>.

Como se observa, pues puede concluirse que aunque no todos ni gran parte de los convenios colectivos regulan el acoso laboral, no obstante, dentro de los convenios colectivos que sí lo abordan, la mayoría contienen un procedimiento de intervención bastante completo previendo en el propio convenio un protocolo frente al acoso laboral, o regulándolo en un anexo del mismo.

### 3.7. Perspectiva de género

Siguiendo la misma línea señalada, los convenios colectivos tampoco han implementado la perspectiva de género en la seguridad y salud laboral, pues, como ya se ha indicado, ello no lo recogen en la evaluación de riesgos ni en la planificación preventiva, salvo la remisión al citado art. 26 LPRL.

De ahí, la ausencia de un adecuado tratamiento mediante medidas de prevención y/o protección adaptadas a las situaciones de riesgo que puedan afectar particularmente a las mujeres, «bien sea por las propias circunstancias físicas en las que se encuentran, bien por su presencia mayoritaria en determinados sectores u ocupaciones» (Nieto Rojas, 2017).

Debe tenerse presente que la feminización de muchos puestos de trabajo y la segregación del mercado de trabajo, tanto vertical como horizontalmente, ha incidido en la aparición de riesgos típicamente femeninos que, posiblemente por ello, han pasado a un segundo plano.

De los convenios colectivos analizados, se observa que son muy pocos los que hacen referencia a la existencia de riesgos exclusiva o mayoritariamente femeninos. No obstante, se pueden encontrar algunas excepciones. Así en algún convenio se especifica que

la empresa elaborará una evaluación de riesgos, tanto de las instalaciones, de los equipos y de los puestos de trabajos, como de las tareas que se realizan. La evaluación de riesgos deberá tener en cuenta los riesgos psicosociales presentes en cada puesto de trabajo, así como las personas que los ocupan, diferenciando hombres y mujeres, considerando sus diferencias (físicas y biológicas) y desigualdades. El trabajo, su organización y los equipos usados deberán estar diseñados para adaptarse a la persona trabajadora»<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> XVIII Convenio colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de julio de 2018; Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, Resol. de 8 de enero de 2018.

<sup>83</sup> Art. 58.2 Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios, Resol. de 3 de agosto de 2020.

o se señala que

conscientes en Grupo Eroski de ser los riesgos músculo esqueléticos una de las mayores afecciones a la salud laboral de las trabajadoras, y teniendo en consideración que las lesiones músculo esqueléticas, sin ser exclusivas de, tienen más incidencia en las mujeres —colectivo mayoritario en la organización— se encuentra establecido, dentro del Manual de Procedimientos de Vigilancia de la Salud, un Plan específico de prevención de Lesiones Músculo-esqueléticas, encaminado a intentar corregir hábitos de vida laboral y cotidiana con el fin de prevenir las lesiones que se producen en el trabajo. Dicho Plan comprende desde la elaboración de Protocolos de Reconocimientos Médicos Específicos Músculo-Esqueléticos, hasta la progresiva implantación de Escuelas de Espalda, programa formativo enfocado principalmente a aquellas secciones con el riesgo específico de manipulación de cargas, posturas forzadas, temperaturas frías y trabajo en alturas<sup>84</sup>.

También se configura la función del Comité Intercentros de Seguridad y Salud de realizar un seguimiento periódico de las evaluaciones de riesgos para que se valore si ésta tiene una perspectiva de género<sup>85</sup>.

Para poder llevar a cabo una adecuada integración de la perspectiva de género en el ámbito preventivo debe tenerse «en cuenta el impacto del género tanto en el nivel preventivo como en el reactivo, para el caso de que no se hayan podido evitar los riesgos y estos se hayan materializado» (Castellano Burguillo 2008: 264). Y, para llevar a cabo un tratamiento de los riesgos que inciden en mayor medida en las mujeres no tiene por qué articularse a través de la consideración como trabajadoras especialmente sensibles, sino a través de una mayor «especificidad» por razón de sexo de la política de seguridad y salud laboral, pero también teniendo presente que se debe

huir de la neutralidad mal entendida, a la que hemos aludido, que ha llevado a la homogeneidad a ultranza y a minusvalorar o despreciar la diversidad, para insistir en la valoración particularizada de posibles factores de riesgos que afectan de mayor modo o simplemente de forma diferente a las mujeres (Igartúa Miró, 2007: 285).

### 3.8. Empresa saludable

Según la OMS una empresa saludable es aquella en la que trabajadores y directivos colaboran en utilizar un proceso de mejora continua para proteger y promover la salud, seguridad y bienestar de los empleados y la sustentabilidad del espacio de trabajo. Se trata, pues, no sólo de proteger la seguridad y salud en

---

<sup>84</sup> Art. 8.4 VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski, Resol. de 14 de febrero de 2018.

<sup>85</sup> Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal, Resol. de 4 de febrero de 2019.

el trabajo, sino también de promoverla a través de diferentes acciones, iniciativas y programas de fomento de la salud física, mental y social. Supone ir más allá de la prevención de riesgos laborales, y conseguir una mejora en la calidad de vida de los trabajadores. De hecho, el objetivo de la ISO 45001 es prevenir lesiones y el deterioro de la salud relacionados con el trabajo a los trabajadores y proporcionar lugares de trabajo seguros y saludables.

Propiamente, la LPRL no hace referencia a la «empresa saludable», pero es cada vez más extendido entre las empresas esta iniciativa que pretende fomentar unos hábitos de salud correctos entre su plantilla. De ahí, que además de las políticas internas de las empresas, la negociación colectiva juega un papel fundamental.

En algunos convenios colectivos se incluye de forma expresa la referencia a la promoción de la salud como aspecto clave de la política de la empresa. Así, por ejemplo, se expresa que

la empresa viene trabajando por crear conciencia de los derechos individuales de los empleados, protegiéndolos y potenciándolos. En especial se protege la dignidad personal de las personas trabajadoras en el seno de la empresa, estableciendo pautas de comportamientos saludables y erradicando aquellos comportamientos que se puedan considerar intromisiones ilegítimas en la intimidad personal o que violenten la dignidad de las personas<sup>86</sup>;

o que se

desear promover medidas socialmente responsables, encaminadas a fomentar entornos saludables que favorezcan el desarrollo profesional de los empleados sin menoscabar el derecho de cada persona a conciliar la vida laboral y familiar/personal<sup>87</sup>;

o que «las empresas deberán promover condiciones de trabajo adecuadas y un clima laboral saludable»<sup>88</sup>.

Incluso, algún convenio prevé la creación de un Comité de Fomento de la Salud cuyas funciones son

1. El análisis y estudio de la problemática sanitaria del personal de la empresa en su conjunto. 2. Las difusiones entre la plantilla de cuantas ideas sirvan para la mejora de la salud. 3. La organización de charlas, coloquios, y la difusión y publicación de sus conclusiones, sobre problemas que afecten al conjunto del personal e impliquen factores de riesgo, tales como tabaquismo, alcoholismo, drogodependencias, cardio-

<sup>86</sup> Art. 54 Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU, Resol. de 20 de julio de 2020.

<sup>87</sup> Art. 23 Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU, Resol. de 7 de octubre de 2019.

<sup>88</sup> Art. 43 Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, Resol. de 29 de junio de 2018.

patías, etc. 4. La cooperación decidida en la erradicación de hábitos nocivos. 5. La formulación de recomendaciones y potenciación de campañas para el cumplimiento de las anteriores funciones. 6. El estudio y prevención de las enfermedades psicosociales (estrés, depresión, «mobbing»). 7. Tratar del reconocimiento de las enfermedades profesionales<sup>89</sup>.

#### 4. Conclusión

La negociación colectiva es un instrumento adecuado para el tratamiento de la seguridad y salud en el trabajo, para su promoción, para aportar soluciones frente a los riesgos específicos del sector en concreto, y para ofrecer respuesta a los problemas singulares que en ellos puedan presentarse.

El convenio colectivo es, pues, el instrumento para mejorar lo regulado en la norma estatal, así como regular las peculiaridades y particularidades de cada sector productivo en concreto.

La prevención de riesgos laborales comienza a tener su espacio propio en la negociación colectiva, aunque aún queda mucho camino por recorrer. En este sentido, puede indicarse que son minoritarios los que silencian la seguridad y salud en el trabajo (Merino Segovia, 2009: 73).

No obstante, como se ha señalado, el hecho de que los convenios contemplen un capítulo dedicado a esta materia no significa necesariamente que hayan realizado una labor enriquecedora cualitativamente en cuanto a su regulación, pues generalmente se limitan a reproducir los preceptos legales o remitirse a ellos.

Debe realizarse un llamamiento a la negociación colectiva para que, tal y como indica, la Exposición de Motivos de la LPRL, ésta proceda a «desarrollar su función específica», esto es, regular las condiciones específicas del sector productivo en materia de seguridad y salud laboral, pues no cabe duda que la negociación colectiva constituye la institución más dinámica y eficaz para que la normativa esté siempre adaptada a los cambios, especialmente, los propios de cada rama de producción.

En definitiva, si se quiere, como indica la Exposición de Motivos de la LPRL, que las regulaciones en materia de seguridad y salud laboral estén continuamente adaptadas a las transformaciones de la organización productiva con el fin, en definitiva, de ser eficaces, la negociación colectiva se erige en el mejor cauce de adaptación a dichos cambios (Gete Castillo, 1997).

---

<sup>89</sup> Art. 141 Convenio colectivo de Ford España, SL, Resol. de 12 de julio de 2019.

## 5. Bibliografía

- CASTELLANO BURGUILLO, Emilia (2008) *Feminismo de la diferencia y políticas laborales comunitarias para fomentar la igualdad de género*. Sevilla: CES Andalucía.
- GETE CASTILLO, Pedro (1997) «El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales», *RL*, Tomo I (versión on line)
- IGARTUA MIRÓ, M.<sup>a</sup> Teresa (2007) «Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer», *TL*, 91.
- MENDOZA NAVAS, Natividad (2007) *Prevención de Riesgos Laborales: la regulación convencional*. Albacete: Bomarzo (versión on line)
- MERCADER UGUINA, Jesús; Muñoz Ruiz, Ana Belén (2002) «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *AS*, 14.
- MERINO SEGOVIA, Amparo (2009) «Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales», en AA.VV., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*. Albacete: Bomarzo.
- MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (2014) «Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales», *RIL*, 8, (versión on line).
- NIETO ROJAS, Patricia (2017) «Género, prevención de riesgos y negociación colectiva», *RIL*, 9 (versión on line)
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> José (2002) «Salud laboral versus medioambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo», *AS*, 22.
- SALA FRANCO, Tomás (2007) *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

# LA «DESCONEXIÓN DIGITAL» A LOMOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

*The «digital disconnect» on the back of occupational health and safety*

FRANCISCO TRUJILLO PONS\*

Universidad de Valencia, España

## RESUMEN

En la actuación preponderancia otorgada al teletrabajo o trabajo a distancia debido a la crisis sanitaria está empujando a difuminar la línea que separa el tiempo de trabajo efectivo del tiempo de ocio y descanso. A la postre, provoca prácticamente que el empleado nunca desconecte del trabajo. Y ello es así porque las Tecnologías de la Información y de la 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, bien por mensajes SMS —aunque es cierto 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 esta «hiperconectividad» y esa sensación urgente y fatigosa que provoca en el trabajador la contestación inmediata y sin esperas de toda comunicación que recibe. Este contexto, exige un estudio sobre las consecuencias negativas que pueden sufrir los trabajadores desde su seguridad y salud. Los riesgos psicosociales en este sentido han de ser valorados por las empresas que, por su parte, han de dar cumplimiento a su acción preventiva consagrada en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

Palabras clave: normativa, prevención de riesgos, teletrabajo, medidas, riesgos laborales, desconexión digital, hiperconectividad.

## ABSTRACT

*The preponderance given to teleworking or remote work due to the health crisis is pushing to blur the line that separates effective work time from leisure and rest time. In the end, it practically causes the employee to never disconnect from work. And this is so because Information and Communication Technologies (ICT) push workers to have a constant time and location availability, even outside their working hours. In this sense, communications from bosses, co-workers or even clients through different means like now are not surprising: emails that need an urgent answer, phone calls at untimely hours or, especially in the sense of this article, through the smartphone, either by SMS messages —although it is true that, every time, in more disuse— or by messages through multiple instant messaging programs (applications such as WhatsApp, iMessage or Telegram). Not forgetting either that the smartphone has the possibility of incorporating corporate email accounts, which adds one more plus to this «hyperconnectivity» and that urgent and tiring feeling that causes the worker to respond immediately and without waiting for any communication he receives. This context requires a study on the negative consequences that workers may suffer from their safety and health. Psychosocial risks in this sense must be assessed by companies which, for their part, must comply with their preventive action enshrined in Law 31/1995, of November 8, on the prevention of occupational hazards.*

*Keywords: regulations, risk prevention, teleworking, measures, occupational risks, digital disconnection, hyperconnectivity*

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

**Cómo citar:** Trujillo Pons, Francisco. (2021). «La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo»; *Lan Harremanak*, 45, 257-275. (https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21955).

Recibido: 14 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. La «hiperconectividad» laboral potenciada por el COVID-19

El total asentamiento de las conocidas «Tecnologías de la Información y la Comunicación» (en lo sucesivo, TIC<sup>1</sup>) en la sociedad y, por extensión lógica en el ámbito laboral son beneficiosas en muchos sentidos. No en vano, según diversas teorías, las TIC se crearon para «*liberar a las personas del trabajo tedioso, degradante y alienante y les permitirán satisfacer su curiosidad, aprender, disfrutar de la vida y dedicar la mayor parte de su tiempo al ocio y al juego*» (Dosi y Virgillito, 2019: 8). No obstante, lo anterior, en otras ocasiones, las TIC pueden difuminar determinados derechos laborales consagrados en la normativa nacional, los cuales, han de ser garantizados siempre en su integridad y sin excepción.

La digitalización instaurada en el actual marco de las relaciones laborales provoca un uso masivo de las herramientas tecnológicas de uso profesional estricto y una «hiperconectividad» o conectividad constante del trabajador que pone en duda un derecho de vital importancia en el ámbito laboral: el derecho a la seguridad y salud. Máxime tras la actual preponderancia hacia el teletrabajo, provocado por la presencia del COVID-19. La pandemia mundial, con el régimen de confinamiento y las distintas fases vividas hasta la «nueva normalidad» ha obligado a muchos trabajadores a prestar los servicios «*en remoto*». En los momentos que vive el mercado laboral por la crisis sanitaria, el estrés que puede surgir en el uso de las TICs han de ser la excepción y no la regla común. Esta conectividad constante aboca al trabajador a no desconectar nunca de su trabajo, con las consecuencias perniciosas que ello puede provocar a su salud: las empresas han de evaluar, como obligadas merced a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 nov. 1995, en adelante LPRL), los riesgos psicosociales del uso de las TICs en el ámbito laboral.

En efecto, 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 TICs para contactar digitalmente o a distancia con el empleado. Estos modelos de trabajo que, en la actualidad, por el régimen de confinamiento y preferencia dada al trabajo a distancia por la presencia del COVID-19, alcanzan su máxima expresión con el «teletrabajo» (o trabajo a distancia) según el cual, la prestación del trabajo se realiza precisamente con el uso de las TICs con la particularidad de que la ejecución del mismo se lleva a cabo, de modo regular, fuera de los locales de la empresa. Esta última característica lleva a diferenciar el «teletrabajo» del trabajo a distancia regulado en el artículo 13 del ET y, más recientemente, conforme al Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

---

<sup>1</sup> Estas son, todas aquellas herramientas relacionadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de la información.

(en lo sucesivo, RDLTD BOE, 23 sept. 2020) que reincide en la ley orgánica de protección de datos regulando el derecho a la desconexión digital (ex. art. 18): en efecto, la ejecución del trabajo, que podría realizarse igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de éstos de manera regular mientras que, en el trabajo a domicilio, la prestación de trabajo se ejecuta en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. En consecuencia, en el «*teletrabajo*», la empresa dentro de sus poderes de dirección<sup>2</sup>, puede controlar y vigilar al trabajador (por ejemplo, a través de programas informáticos que registran los movimientos del trabajador en el ordenador<sup>3</sup>).

## 2. La «desconexión digital» en el ámbito laboral

El exceso de jornada laboral que están viviendo muchos trabajadores en España está protegido por el actual derecho a la «*desconexión digital*» en el ámbito laboral tratado en abundancia por doctrina iuslaboralista (entre otras muchas obras: Altés, y Yagüe, 2019; Vidal, 2018 y; Biurrun, 2018); derecho que ha de ser tratado de forma conjunta por su relación directa con la seguridad y salud en el trabajo. Derecho de índole digital que entró en vigor en España el 7 de diciembre de 2018, tomando forma en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE 6 dic., en adelante LOPDPGDD), por la que se modifica, entre otras disposiciones legales, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), mediante la inclusión de un nuevo artículo, el 20 bis. Se reconoce así en España, desde hace apenas dos años, el derecho a la «*desconexión digital*» en el trabajo, en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. En este sentido, de acuerdo al artículo 88 de la citada Ley Orgánica, la empresa tiene la obligación de establecer una política interna sobre las modalidades del ejercicio del derecho a la «*desconexión digital*», previa audiencia de los representantes de las personas trabajadoras. Conforme al mismo, el trabajador fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido no tiene la obligación de responder a llamadas, correos electrónicos corporativos, ni mensajes de texto. De ponerse en la práctica de la empresa (presencial o a distancia) el ejercicio de este derecho, la carga mental y la fatiga informática del trabajador no tendrían los niveles necesarios para repercutir en la salud de los trabajadores.

---

<sup>2</sup> Consultar: Pérez de los Cobos y Orihuel, Francisco (2019): «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador». Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, N.º. 59.

<sup>3</sup> Consultar: López Lourdes (2018): «Vigilar ocultamente a los trabajadores en la empresa y la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/vigilar-ocultamente-a-los-trabajadores-en-la-empresa-y-la-reciente-doctrina-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos.pdf> (Accedido: 3-06-2020).

No obstante lo anterior, en la práctica, muchas empresas incumplen de manera sistemática el derecho, luego, urge un desarrollo reglamentario<sup>4</sup> de la actual normativa que lo regula, esta es: la LOPDPGDD de cuyo contenido, destaca en este sentido su artículo 88, dedicado en sus tres apartados al derecho a la «*desconexión digital*» en el trabajo así como, igualmente, el señalado artículo 18 del reciente RDLTD. Partiendo de esta premisa, es indudable la necesidad de una regulación más amplia del derecho a la «*desconexión digital*» en el trabajo; es un reto que marca la sociedad y que el legislador ha de tomarlo como tal; un derecho incipiente (apenas no llega a dos años de su existencia en el ordenamiento jurídico español) que está llamado, en un futuro cercano, a ocupar una posición nuclear en las relaciones laborales.

### 3. La seguridad y salud en el trabajo en el marco del trabajo a distancia

Merece especial atención por su trascendencia para la salud del trabajador que tiene imposibilitado desconectar, hacer hincapié en la prevención de riesgos laborales, vista desde la óptica de la prestación a servicios a distancia o «en remoto».

La globalización del mercado laboral y el aumento de la competitividad ha ido provocando, en los últimos años, una mayor flexibilidad en la organización del tiempo y una nueva forma de entender la conectividad. En este sentido, las formas de organización tradicionales han pasado a ser más tecnológicas. Como recoge la Nota Técnica Preventiva 1122 (NTP 1122) del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), todo ello viene provocado debido a la «*cotidianidad en el uso de las TIC en el ámbito laboral*» (Santamaría, 2018: 2). Estas formas de trabajo más flexibles y tecnológicas son una tendencia al alza en los próximos años y es necesario una ley garantista que proteja a los trabajadores sobre el uso excesivo de los medios tecnológicos laborales, como ahora, el ordenador, *tablets* o el teléfono móvil inteligente (*smartphone*), que se engloban en las TICs.

Según señala acertadamente la doctrina iuslaboralista<sup>5</sup>, todo ello adquiere una dimensión mucho más grande cuando las clásicas unidades físicas de refe-

---

<sup>4</sup> Consultar: Zamora, Santiago (2019): «Desconexión digital ¿novedad o anécdota?», Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N.º 9363.

<sup>5</sup> Entre otros, ampliamente: Altés, Juan Antonio y Yagüe, Sergio (2020): «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata». *Labos*, Vol. 1, No. 2, pp. 61-87 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539> EISSN 2660-7360 - <http://www.uc3m.es/labos>; Molina, Cristóbal (2017): «Jornada Laboral y Tecnologías de la Infocomunicación: «desconexión digital», garantía al descanso». *Temas laborales*, núm. 138/2017; Todolí, Adrián (2017): «El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere». Disponible en: <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos>

rencia (centros de trabajo «*analógicos*»), tienden a devenir en virtuales. En España no es de extrañar que existan evidencias de que se trabajen horas fuera de la jornada laboral desde los dispositivos electrónicos, especialmente en las empresas del sector tecnológico. Más si se trata de empresas del sector tecnológico. En un estudio queda constatado que en las empresas de este sector en donde el acceso a los dispositivos tecnológicos es sencillo, la mayoría de sus empleados reconocen usarlos para trabajar fuera de su jornada laboral<sup>6</sup>.

Este sector ya de por sí funciona de forma algo diferente ya que los horarios son más flexibles pero las jornadas de trabajo raramente bajan de 10 horas diarias. Puede pensarse en empresas «*tipo Google*», horarios flexibles, ambiente agradable de trabajo, todas las comodidades imaginables en la empresa y, sin embargo, pocos de sus empleados pueden conciliar su vida laboral con la familiar, de hecho, el perfil del empleado de este tipo de empresas es una persona joven con pocas o ninguna carga familiar que dedica todo su tiempo al trabajo.

La aparición del citado RDLTD ha de servir para alcanzar un ejercicio del «*teletrabajo*» más equilibrado. Si se acude al RDLTD, en su artículo 16 (dedicado a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva) se regula la obligatoriedad empresarial de evaluar los riesgos y planificar la actividad preventiva del trabajo a distancia y tener en cuenta, sobremanera, los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada. Igualmente, continúa señalando el precepto:

La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia.

En este mismo sentido, continúa señalando que:

La empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso.

---

venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/ (Accedido: 2-6-2020) y; Trujillo Pons, Francisco (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.

<sup>6</sup> Consultar: Rodríguez Fernández, María Luz y Pérez del Prado, Daniel (2017). «Economía digital: Su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica». Disponible en: [http://dialogosocial.org/public/upload/2/23\\_FdS\\_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo\\_2017\\_final.pdf](http://dialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf) (Accedido: 2-6-2020).

Más, la LPRL se aplica a todos los trabajadores por cuenta ajena (art. 3) y sea cual sea el lugar en el que se preste servicios; desde el hogar también existen riesgos laborales que hay que considerar debidamente. Riesgos tales como como la luminosidad, los dolores musculoesqueléticos o la fatiga mental y física han de ser evaluados por los empleadores conforme a su obligación de proteger la seguridad y salud de sus trabajadores. En este sentido pues, son de significar las disciplinas de la prevención de riesgos laborales que estudian la psicología y la ergonomía del trabajo.

Con la «*hiperconectividad*» constante del trabajador, se incrementan los riesgos relativos a la fatiga informática que puede tener consecuencias para el trabajador tanto del plano físico como del plano mental<sup>7</sup>. Surge desde este prisma el «*tecnoestrés*»<sup>8</sup>, el cual, se materializa cuando la gestión de la empresa no considera a las herramientas tecnológicas como potenciales estresores para sus trabajadores; como consecuencia del mismo son comunes episodios de fatiga (física y mental), dolores de cabeza, ansiedad e incluso trastornos musculoesqueléticos. Irremediamente, la «*hiperconectividad*» digital y la salud laboral son dos cuestiones que van unidas<sup>9</sup>; son necesarias mejoras sustanciales en la previsión de la salud del trabajador, en el señalado sentido de la susceptibilidad por exceso ante un abrumador horario de trabajo, como adicionalmente, la carencia de apoyo social que, en suma, puede desembocar en episodios de estrés y otros trastornos. Para evitar la materialización de estos estresores, la empresa ha de adoptar medidas preventivas, por ejemplo, por medio de evaluaciones de riesgos psicosociales (pueden servir, como recoge el señalado RDLTD, cuestionarios<sup>10</sup> o *check-lists*) o

<sup>7</sup> Sobre este tema, CCOO Endesa a fecha de 18 de mayo de 2020, con motivo de la situación de la pandemia mundial redactó una carta de intenciones indicando de la necesidad de «*informar y formar a las personas trabajadoras sobre higiene, escritorio, el uso correcto de las pantallas de visualización, los riesgos higiénicos (iluminación, condiciones de confort térmico, ruido, etc.), los riesgos ergonómicos (trastornos musculo esqueléticos), otros riesgos como los electromagnéticos, la fatiga visual, la fatiga física, la fatiga informática y la fatiga mental, así como el estrés tecnológico y la conexión digital continuada*». CCOO Endesa (2020).

<sup>8</sup> El concepto de *tecnoestrés* está directamente relacionado con los efectos psicosociales negativos del uso de las Tecnologías de la información y la comunicación.

<sup>9</sup> Consultar: Domingo, José y Salvador, Neus (2020): «Hiperconectividad digital y salud laboral». Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N.º 9638.

<sup>10</sup> Pueden servir a modo práctico tanto el introducido a nivel estatal por el Gobierno a fecha de 17 de marzo dirigido a controlar a aquellos trabajadores que, con motivo del COVID-19 se vieron obligados a teletrabajar. El mismo recaba información de las características específicas del lugar del domicilio en el que la persona desempeña su labor con la ayuda del ordenador y elementos auxiliares (teléfono, documentos, etc.). A todas luces resulta insuficiente por no incorporar medidas relativas a la «*desconexión digital*». Ahora bien, ha de verse como un listado no exhaustivo y por tanto, como una identificación de las condiciones que, como mínimo, debería tener el puesto de «*teletrabajo*». Disponible en: [http://pruebas.croem.es/Web20/CROEMPrevencionRiesgos.nsf/67179F5C2C9B56DEC1258536002ECEE/\\$FILE/cuestionario%20autoevaluaci%C2%B4n%20teletrabajo.pdf](http://pruebas.croem.es/Web20/CROEMPrevencionRiesgos.nsf/67179F5C2C9B56DEC1258536002ECEE/$FILE/cuestionario%20autoevaluaci%C2%B4n%20teletrabajo.pdf) (Accedido a 26-6-2020). Como también, a nivel de Comunidad Valenciana, establecido por medio del DECRETO 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en ré-

bien, dando participación a los trabajadores para que sean ellos los que participen en la introducción de las nuevas tecnologías para que la adaptación sea así y no al revés (que los trabajadores se amolden a las TICs).

Más en este sentido, se han de adoptar una serie de medidas y prácticas a través de sus responsables en prevención de riesgos laborales, por ejemplo, que los trabajadores, estén donde estén realicen pausas desde sus dispositivos digitales en aras a conseguir un descanso de pantalla y, de este modo, minimizar el riesgo de fatiga visual. Del mismo modo, dar autonomía al trabajador para que pueda ponerse un horario determinado que le permita gestionar las pausas, así como las horas de comida. Con este horario determinado, el trabajador será capaz de apagar los dispositivos digitales (teléfono móvil u ordenador) y así ejercitar con plenas garantías su derecho a la «*desconexión digital*» y, obviamente no sufrir el estrés y fatiga de tener que contestar llamadas y mensajes fuera del horario laboral.

Desde el plano de la ergonomía laboral, existe una norma de desarrollo reglamento de la LPRL a considerar: el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (BOE 23 abr. 1997) por medio del cual, se fijan las medidas mínimas que deben adoptarse para la adecuada protección de los trabajadores, entre las que destacan las destinadas a garantizar que de la utilización de los equipos que incluyen pantallas de visualización de datos (PVDs<sup>11</sup>) por los trabajadores no se deriven riesgos para la seguridad y salud de los mismos. Según el Real Decreto, están excluidos de su ámbito de aplicación «los sistemas llamados portátiles, siempre y cuando no se utilicen de modo continuado en un puesto de trabajo» (art. 1.3 apdo. d). No obstante, el trabajador que utiliza asiduamente un ordenador o un *smartphone* con fines estrictamente profesionales debería tener protección conforme a esta normativa. De modo que el empresario, como garante de la seguridad de sus trabajadores, ha de adoptar las medidas necesarias para que la utilización por los trabajadores de equipos con pantallas de visualización no suponga riesgos para su seguridad o salud o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo (art. 3). A estos efectos, debe evaluar los riesgos para

---

gimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. DOGV núm. 7828 de 14.07.2016. Recuperado de: <https://www.dogv.gva.es/es/eli/es-vc/d/2016/07/08/82/dof/vci-spa/pdf> (Accedido a 26-062020), el cual sí que determina una pregunta a contestar por el «*teletrabajador*»: «¿*Desconecta los aparatos eléctricos cuando no los está utilizando?*».

<sup>11</sup> De acuerdo con su art. 2 se define como «*pantalla alfanumérica o gráfica, independientemente del método de representación visual utilizado*». Siendo el puesto de trabajo aplicable a esta normativa el constituido por un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato. Y, el trabajador, como aquel que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización. Como se observa, entronca con el derecho a la «*desconexión digital*» en el trabajo.

la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta en particular los posibles riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, así como el posible efecto añadido o combinado de los mismos. Indudablemente los problemas físicos y mentales se pueden derivar tras una conectividad constante de los dispositivos digitales. La evaluación que ha de realizarse por el empresario, se llevará a cabo tomando en consideración las características propias del puesto de trabajo (atendiendo a la naturaleza de la relación laboral y también sin desdeñar el puesto de los altos directivos) y las exigencias de la tarea y entre éstas, especialmente, las siguientes: a) el tiempo promedio de utilización diaria del equipo; b) el tiempo máximo de atención continua a la pantalla requerido por la tarea habitual; c) el grado de atención que exija dicha tarea. En suma, con el cumplimiento de esta normativa, y en línea directa con la garantía del ejercicio saludable de desconectar de la tecnología laboral, los trabajadores contarán con una evaluación de los dispositivos digitales que habitualmente utilizan en el trabajo y no sufrirán desgastes en términos físicos o mentales por la sobrecarga de un uso excesivo.

Igualmente, en términos de prevención de riesgos laborales del trabajador en remoto, a nivel público de la Comunidad Valenciana, conviene reseñar el citado DECRETO 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de «teletrabajo» del personal empleado público de la Administración de la Generalitat (DOGV núm. 7828 de 14.07.2016) pues, su artículo 9 («Seguridad y salud en el trabajo») determina que se deberá verificar previo al inicio de la prestación que la realización del cuestionario no supone riesgo para la salud del «teletrabajador». Ello no obsta, como sigue recogiendo, que el órgano competente en materia preventiva a nivel de la Comunidad Valenciana, realice una inspección domiciliaria a fin de comprobar las condiciones alegadas en el citado cuestionario. Las condiciones del puesto de trabajo también podrán ser objeto de revisión y análisis durante toda la vigencia del programa, previa comunicación a la persona interesada.

Todo ello, tiene respaldo normativo en el ordenamiento jurídico español en atención al artículo 4.2 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31/01/1997) ya prevé esta situación en el contenido general de evaluación. Así:

A partir de dicha evaluación inicial, deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por: a) La elección de equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, la introducción de nuevas tecnologías o la modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo.

La voluntad del propio trabajador respeto a la obligación de no conectarse fuera de su jornada laboral es esencial para que el derecho a su desconexión tecnológica del trabajo se ejecute. Ha de ser consciente de los riesgos laborales a los que se puede enfrentar por no descansar y permanecer conectado ininterrumpidamente.

Daños consecuencia de esta falta de «desenganche» pueden ser, dolores de espalda y cuello, problemas de visión y audición, e incluso, alteraciones del sueño y cognitivas. A ello, se le pueden sumar conductas sedentarias y de aislamiento que, puede acabar generando dependencia, adicción y ansiedad: cada vez más personas padecen nomofobia<sup>12</sup>, un miedo irracional a no tener a mano su *smartphone*<sup>13</sup>.

En efecto, en períodos de descanso, como en vacaciones, antes de la inmersión de las TIC en la sociedad, los trabajadores no llevaban consigo sus teléfonos móviles o portátiles pero, al llevarlo siempre encima e incluso, al montar la propia oficina en casa en supuestos de modalidades de teletrabajo, resulta muy complicado desconectar digitalmente (pueden sentirse incentivos e incluso forzados a trabajar aun cuando no deberían). La desconexión es necesaria en términos de salud: mejoran los niveles de bienestar, felicidad y satisfacción personal, así como en los estados de depresión y ansiedad<sup>14</sup>. Algunos consejos para lograr el descanso absoluto fuera de la jornada laboral pueden ser: 1) dejar el equipo operativo, si está en la oficina, o compartir los documentos y archivos importantes en la nube o en carpetas compartidas a través de una conexión VPN; 2) programar el correo electrónico con una respuesta automática informando de que no se está operativo en estos momentos e indicando que pueden contactar con otro compañero si lo necesitan y; 3) desactivar las notificaciones de las herramientas de trabajo. Consejos, en definitiva, que pueden ser utilizados no solo para los trabajadores sino también para superiores jerárquicos que como líderes de equipos cuentan con trabajadores a su cargo pueden ser los siguientes.

Inexcusablemente, la seguridad y salud en el teletrabajo tiene una relación directa con la aparición de riesgos psicosociales<sup>15</sup>. En esta línea, la citada NTP 1122

<sup>12</sup> El término nomofobia ha sido un término definido como el miedo al estar sin teléfono móvil. Proviene de «*no-mobile-phone phobia*» es decir: la dependencia en grado sumo al teléfono móvil.

<sup>13</sup> Consultar: Sánchez Lacuesta, Javier (2020), «Desconexión digital». Disponible en: <http://www.biomecanicamente.org/news/ibv/item/1809-levante-articulo-abril2020.html> (Accedido a 5-10-2020).

<sup>14</sup> Estos beneficios han sido demostrados en múltiples estudios, por ejemplo, el llevado a cabo por las universidades de Stanford y Nueva York. En su estudio «*The Welfare Effects of Social Media*» llevado a cabo por los investigadores Hunt Allcott, Luca Braghieri, Sarah Eichmeyer, and Matthew Gentzkow (8 nov. 2019) se observó cómo miles de usuarios de la red social Facebook que desactivaron sus cuentas durante un mes, demostraron evidentes mejoras en su salud psicosocial. Recuperado de (inglés): <http://web.stanford.edu/~gentzkow/research/facebook.pdf> [Consulta a 5 oct. 2020].

<sup>15</sup> Alegre, Manuel (2018): La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la «desconexión digital». Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, ISSN 1698-6881, N.º. 155; Miñarro Yanini, Margarita (2020). «El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital», en Rodríguez-Piñeiro Royo, M. y Todolí Signes, A. (eds.) Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 577-596; Arrieta, Francisco Javier (2019): La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia. Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, ISSN 1575-7048, N.º 42, 2019 (Ejemplar dedicado a: Digitalización, conciliación y trabajo como mercancía/ Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai gisa).

incorpora un listado no exhaustivo de factores de riesgo psicosocial por el uso inadecuado y no planificado de las TIC's relacionados con el tiempo de trabajo:

- Prolongación de la jornada laboral (antes de su comienzo o al finalizar la misma) y realización del trabajo en horarios inusuales (noche, fin de semana etc.) debido a la conectividad permanente y al uso inadecuado de las TICs.
- Dificultad de conciliar la vida familiar y laboral.
- Aumento de las interrupciones en el desarrollo del trabajo, en especial en el uso del correo electrónico.
- Tareas no previstas y multitarea que pueden prolongar la jornada laboral.
- Realización de tareas en «*periodos de espera*» o «*tiempos muertos*» (entre desplazamientos y/o viajes) que antes eran «inactivos» (ya que no se podía realizar el trabajo sin estar presente en la oficina) y ahora son trabajados y pueden suponer un añadido al tiempo de trabajo de la jornada laboral.
- Asincronismo temporal para interactuar con otros trabajadores ubicados en países con diferentes franjas horarias, lo que incide en la jornada laboral, prolongando o adelantando el comienzo de la misma.
- Cultura de empresa sin una política clara sobre promoción de trabajadores remotos, lo que hace aumentar la competitividad, pudiendo ocasionar un aumento de las horas de trabajo usando las TICs fuera del horario laboral y del centro de trabajo, ocasionando a su vez prácticas laborales inadecuadas como el *leaveism* (entendido en su acepción de realización del trabajo en el hogar, fuera de la jornada laboral, para adelantar trabajo sin dar parte de esta práctica ni a compañeros ni a superiores jerárquicos).
- Inestabilidad laboral y ausencia de cultura empresarial clara entorno al uso inadecuado de las TICs fuera de la jornada laboral como el *leaveism* (entendido en su acepción de llevar el trabajo «al día» y realizarlo fuera de la jornada laboral para lograr consolidar el puesto de trabajo ante la amenaza de una no renovación o despido).
- Cultura empresarial que no tenga en cuenta la movilidad física constante para la realización del trabajo (a nivel local, autonómico, nacional o internacional en países con o sin diferentes franjas horarias) como tiempo de trabajo y/o la prolongación de la jornada laboral que ello pueda suponer.

La salud, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), está definida como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades<sup>16</sup>», por consiguiente, no es sólo física sino

---

<sup>16</sup> La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la OMS, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N.º 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

también mental, se abre un debate acerca de si que la empresa mantenga el contacto digitalmente con el trabajador y que éste tenga que realizar trabajo fuera de su jornada laboral afecta negativamente a su salud psicosocial. Ya no sólo que tenga que realizar trabajo a deshoras, también el hecho de que tenga que estar disponible, dedicando parte de su atención, aunque no tenga que trabajar puede contribuir a generarle estrés y empeorar su salud general.

No ha de olvidarse que merced a la doctrina constitucional, la protección eficaz de la salud de los trabajadores como eje central de la LPRL, incluye la protección y tutela frente a los riesgos psicosociales (STCO 62/2007, de 27 de marzo). No solo el Tribunal Constitucional también destaca jurisprudencia del TJCE (15 de noviembre de 2001, C-49/00), al igual que el Tribunal Supremo (STS 101/2016, 16 de febrero). En consecuencia, la evaluación de riesgos laborales ha de incluir posibles factores estresantes que, a nuestro interés, son obvios desde el punto de vista de la sobrecarga digital. No obstante, la determinación de enfermedad profesional no es así, pues según 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 19 diciembre) hoy en día, no da cabida a los riesgos psicosociales. Según su texto, solamente tienen consideración como enfermedad profesional aquellas contraídas como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el citado cuadro y que estén provocadas por elementos o sustancias que en el mismo se indiquen para cada enfermedad profesional. Lo cierto es que este cuadro legal ha de modificarse y ajustarse a esta nueva era digital; el uso normalizado de las TICs a través del cual resulta muy difícil separar la línea de la relación laboral de la extralaboral (familiares, amistades, ocio, etc.) ha de ser considerado en un futuro como causa de enfermedad profesional.

Por tanto, un trabajador que lleva mucho tiempo sin desconectar digitalmente, puede sufrir una excesiva carga mental que provoca insomnio, irritabilidad, mal humor, desmotivación, agotamiento mental, falta de energía y menor rendimiento. En efecto, según el INSST, cuando el trabajo exige una concentración, un esfuerzo de atención prolongado, etc., a los que el trabajador no puede adaptarse, y de los cuales no se puede recuperar, se habla ya de un estado de fatiga prolongada o fatiga crónica. Según sigue detallando el informe<sup>17</sup> este tipo de fatiga, que ya no se recupera por el simple descanso, tiene consecuencias psicosociales para el trabajador mucho más serias que la fatiga normal, consecuencias orgánicas, físicas y psicosomáticas, tales como irritabilidad, depresión, falta

---

<sup>17</sup> Consultar: Sebastián Olga y Del Hoyo, María Ángeles (2016): «La carga mental del trabajo». Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Composición e impresión: Servicio de Ediciones y Publicaciones. INSHT Madrid ISBN: 84-7425-605-4, pág. 16. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96076/carga+mental+de+trabajo/2fd91b55-f191-4779-be4f-2c893c2ffe37> (Accedido a 2-6--2020).

de energía y de voluntad para trabajar, salud más frágil, dolores de cabeza, mareos, insomnio, pérdida de apetito, etc., que probablemente no se sentirán sólo durante el trabajo o al finalizarlo, sino que a veces perduran y se notan incluso al levantarse de la cama, antes de ir a trabajar.

Urge a efectos de erradicar dicha carga mental, diseñar correctamente el puesto de trabajo. Así, merced a la obligación preventiva de las empresas (ex. art. 15 LPRL y ex. art. 16 RDLTD), la acción ha de ir encaminada a diseñar puestos de trabajo alejados de situaciones estresantes, organizando los tiempos de trabajo, dando descansos, pausas, flexibilizando, en definitiva, la jornada laboral, se habrá dado un paso importante para conseguir el menor atisbo de carga mental a los trabajadores. En estos casos, esta sobrecarga excesiva en la conectividad digital que padece el trabajador, puede tener tutela en forma de prestación laboral de la Seguridad Social, pero en forma de accidente de trabajo. De tal forma que, yendo al 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 (en adelante, LGSS. BOE 31 oct.) en su artículo 156 se entiende por accidente de trabajo: «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». Por consiguiente, al referirse a «toda lesión» se entiende que pueden ser lesiones tanto físicas como psíquicas, de ahí que las patologías que sufra el trabajador debido a esta situación puedan llegar a ser considerada como accidente de trabajo. En el artículo 156.3 la LGSS presume que dicha dolencia es accidente de trabajo, siempre y cuando se produzca durante el tiempo y en el lugar de trabajo (el «teletrabajo», aunque sea fuera de las instalaciones son a plenos efectos «el lugar de trabajo»). Por otro lado, también cabe la posibilidad de que sean consideradas accidente de trabajo ciertas enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo [art. 156.2 e), LGSS]. En caso de ser considerada esta situación como accidente de trabajo, se derivan consecuencias para la víctima o sus causahabientes, pues aparte de las prestaciones que se determinan legal o reglamentariamente, aparece la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones económicas por accidentes laborales; pago que recaerá directamente sobre el empresario. Esta responsabilidad empresarial que entra en juego cuando fracasa la actividad preventiva, se encuentra regulada conforme al artículo 164.1 de la LGSS, según el cual: todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo, se aumentarán, en función de la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca, entre otros motivos, por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad. Para ello se exige la existencia de un comportamiento, doloso o culposo, del empresario.

Por lo que concierne a la conectividad constante del trabajador, en estos casos, la empresa podría ser considerada responsable de la enfermedad del trabaja-

dor si, por ejemplo, este demostrara que fuera de su jornada recibe de forma indiscriminada llamadas telefónicas o correos electrónicos y, además, se le urge a responderlos.

Jurisprudencialmente, puede servir de ejemplo para estos casos la STSJ Cataluña [(Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 6827/2013 de 22 octubre (rec. núm. 7237/2012)] que declaró la procedencia para el recargo de prestaciones por accidente de trabajo, debido a una situación de acoso moral en el que existió omisión del empresario en su obligación de velar por la salud de la trabajadora, al tolerar situaciones organizativas, funcionales, directivas y ambientales, diferenciadas y específicas, que le afectaron, dando lugar a una grave patología psiquiátrica en la operaria. Es un ejemplo muy significativo porque, digitalmente en tiempos de COVID-19, también puede darse el acoso laboral. No en vano, existe un término que define el mismo como «*ciberacoso en el trabajo*» (*network mobbing*) y que ha sido tratado por la doctrina iuslaboralista<sup>18</sup>. A través del cual, el trabajador puede sufrirlo, por ejemplo, mediante el teléfono móvil a través de programas de mensajería. En estos casos se hace más que necesaria la desconexión fuera del horario del trabajo por lo que son totalmente inaceptables -salvo casos de fuerza mayor- no solo mensajes con contenido laboral sino, obviamente, también con contenido vejatorio u hostigador. En caso de demostrarse este hostigamiento digital, el caso de que el accidente de trabajo implique la baja médica, el trabajador tiene derecho a la prestación por incapacidad temporal. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, si el accidente se produjo en su totalidad o en parte por omisión de medidas de seguridad, el trabajador podrá reclamar una indemnización por accidente laboral. Si la culpa del accidente de trabajo no pesa sobre el trabajador, sino que se puede demostrar que el empresario no puso todas las medidas de seguridad exigidas en la LPRL, el trabajador podrá reclamar a la empresa la indemnización que, por derecho, le corresponde. En suma, el acoso laboral, cuando genera una patología asociada a las prestaciones de Seguridad Social, será considerada como contingencia profesional en tanto que la causa principal ha sido derivada de la realización del trabajo.

Más, una de las consecuencias psicosociales de las más preocupantes si no la que más preocupa, es el síndrome conocido como síndrome del trabajador quemado (también conocido como «*desgaste emocional*» o, más comúnmente bajo el anglicismo *burnout*. Pese a que el estrés y el desgaste emocional son patologías laborales muy presentes en la actualidad, los tribunales españoles muestran un celo evidente en sus pronunciamientos. Es una circunstancia con una connota-

---

<sup>18</sup> Ampliamente: Molina, Cristóbal (2019): «Del acoso moral («*mobbing*») al ciberacoso en el trabajo («*network mobbing*») viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial». Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos, ISSN 1138-9532, N.º. 437-438, 2019, págs. 143-165.

ción importante pues, en términos de eventuales incumplimientos del empresario como obligado conforme a la LPRL, se podría incrementar la sanción para el incumplidor al inmiscuirse el riesgo psicosocial del trabajador. Ello es así, debido al ya analizado recargo de prestaciones a la Seguridad Social que supone conforme al artículo 164<sup>19</sup> de la LGSS, un aumento de la cuantía de todas las prestaciones económica que derivan de un accidente o enfermedad profesional del que debe hacerse cargo el empresario.

Asentado lo anterior, el *burnout* surgió en Estados Unidos a mediados de los años 70 como explicación a una respuesta de las personas al estrés laboral crónico. En sus inicios se denominaba de esta forma sólo a las consecuencias del estrés laboral de las personas que trabajaban dando servicio a personas, como por ejemplo enfermeras, médicos o profesionales de la enseñanza; pero con el tiempo se vio que los síntomas eran muy similares en personas con otro tipo de empleos por lo que se consideró una respuesta general al estrés laboral. Actualmente se define como la respuesta de las personas al estrés laboral crónico, cuando las estrategias de afrontamiento que se emplean para el estrés fallan o ya no resultan suficientes para hacer frente a la situación por la que pasa en empleado.

Los síntomas del síndrome son muy variados, uno de los más significativos es agotamiento emocional. Los trabajadores sienten que ya no pueden dar más de sí mismos, sienten que se han agotado su energía y recursos emocionales. Otro síntoma que aparece en las personas que padecen síndrome de *burnout* es bajos niveles de realización personal en el trabajo. Los empleados se sienten descontentos con su labor, con sus resultados; tienden a evaluarse negativamente y esa misma autoevaluación negativa afecta a su rendimiento profesional. Como último síntoma, según doctrina especialidad, destaca la despersonalización, desarrollar actitudes y sentimientos negativos hacia las personas con las que se trabaja<sup>20</sup>. Este síndrome del *burnout* se considera el paso previo para que las consecuencias del estrés laboral tengan afectaciones en la salud del empleado a nivel físico, tales como alteraciones cardiorrespiratorias, fuertes dolores de cabeza, úlceras estomacales, insomnio o vértigos.

---

<sup>19</sup> Según el cual: «*Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.*».

<sup>20</sup> Consultar: Gil-Monte, Pedro (2003).

#### 4. Conclusión

En atención a lo analizado, se puede afirmar que el nuevo derecho digital se superpone a un derecho ya conquistado y asentado como es el de los descansos legales, porque siempre ha existido el derecho a no estar disponible fuera del tiempo de trabajo. Aunque ahora, debido a la conectividad constante del s. XXI, el legislador ha incidido en esta cuestión y ha regulado sobre este respecto, quizás más como medidas de protección y prevención frente a la fatiga informática. Igualmente, ya existía el deber empresarial de proteger al trabajador frente a los riesgos laborales conforme a la LPRL.

Es lógico pensar que este derecho laboral incipiente en el ordenamiento jurídico interno, adquiere un especial significado en las actuales relaciones laborales porque con él, se limita el uso de las tecnologías y se garantiza todo lo concerniente al tiempo de trabajo (jornada laboral, horarios, fiestas y permisos, así como vacaciones). Una limitación del uso que resulta destacable, dado que las herramientas tecnológicas que están asentadas en las empresas desde hace años, van a tener un auge imparable y se van a potenciar exponencialmente. Indudablemente, mediante estas prestaciones de trabajo virtuales, se potencia la utilización de las herramientas tecnológicas, sobre todo la concerniente al uso de los teléfonos móviles inteligentes (*smartphones*) que provocan una conectividad constante tanto a través de llamadas telefónicas como de aplicaciones de mensajería instantánea como de correos electrónicos profesionales.

Como se ha puesto de relieve, las nuevas tecnologías han transformado, por completo, la manera de trabajar y gestionar los recursos en las empresas. Son clave para la optimización de tiempos y para la productividad. Es un hecho que las empresas cuentan con *Internet* en las oficinas físicas y, por consiguiente, que los trabajadores la utilicen para buscar información, para comunicarse o, incluso, para aprender (la formación *on-line* es muy potente). Y no solo en las oficinas físicas, en los hogares también, pues muchas empresas, aparte de dotar a sus trabajadores de dispositivos portátiles de carácter profesional (ordenadores -portátiles y de sobremesa-, *smartphones*, *tablets*, etc.) cuentan con trabajadores que realizan su actividad, de forma regular, fuera de sus locales. Para poder trabajar, se conectan a las TIC de sus empresas por medio de redes telemática (es común la utilización de conexión *VPN*<sup>21</sup>, por ejemplo). Esta transformación digital que se instaura en el día a día de las empresas no ha de ir en perjuicio del respeto de los descansos legales de los trabajadores. En un futuro muy cercano el vigente derecho a la «*desconexión digital*» va a tener una relevancia precisamente porque la transformación digital de las empresas es inmensa; en tiempos de CO-

---

<sup>21</sup> Siglas de «*Virtual Private Network*» que significa red privada virtual; la utilizan muchas compañías como una tecnología de red de ordenadores que permite una extensión segura de la red de área local sobre una red pública o no controlada como *Internet*.

VID-19 se potencia más si cabe este uso digital en el trabajo por la falta de actividad en lugares presenciales.

Durante la pandemia mundial, muchas empresas en España se han preocupado de la salud mental y bienestar de sus teletrabajadores. Se ha dado así una vuelta de tuerca más a la ya elevada precariedad laboral del país. Parece que la mentalidad de buena parte del empresario está fijada en mantener la desconfianza en los propios trabajadores y someterlos a la dictadura de la vigilancia y control constantes —ahora también usando softwares informáticos dirigidos a controlar cada movimiento del trabajador—. En lugar de confiar en el trabajador, cediéndole autonomía y libertad para gestionar su propio tiempo, se le somete a una carga abusiva de trabajo a fin de asegurar un rendimiento ininterrumpido. De un presentismo laboral se está pasando a un «*telepresentismo*» o «*presentismo digital*». La precariedad y el control se ha trasladado ahora al ámbito cotidiano.

Más cuando los trabajadores que ya están agotados física y mentalmente del estrés causado por las tecnologías, en muchas ocasiones, por miedo a perder su empleo y aferrarse a su puesto de trabajo con lo que, a la postre, terminan unas tareas que no deberían desempeñar fuera de su horario y, obviamente, gratuitamente al no computarse como horas extraordinarias y, obviamente, en perjuicio de su salud. Esto es especialmente relevante, máxime cuando en España existe una alta temporalidad debido a la estacionalidad propia de sectores con mucho peso como es el del turismo. En este sentido, ante necesidades económicas de parte de la población (hipoteca, gastos familiares, etc.) si la gran mayoría de contratos firmados son contratos temporales las reclamaciones laborales de los trabajadores se envainan por temor a que no se les renueven sus contratos. Esta circunstancia es conocida por muchas empresas y de ahí que abusen de estos tipos de contratos laborales (no llegan a sobrepasar los límites ex. art. 15.5 ET).

Para el trabajador, es necesario un tiempo de descanso y de desconexión, que, en muchas ocasiones, en una sociedad en la que se tiende al trabajo en remoto y a la conciliación —más ahora con motivo del COVID-19—, da la sensación de que todo ello es incompatible con el derecho a la desconexión digital. Este derecho es más que necesario en la actual era tecnológica; muy pocos trabajadores logran desconectarse de su trabajo una vez que se termina la jornada. Ello provoca que se encuentren constantemente recordando tareas pendientes, pensando en las tareas del día siguiente, etc. lo cual genera una ansiedad y estrés constantes. Si a esto, se les suma la conectividad continua a correos electrónicos, SMS, mensajes instantáneos al móvil o llamadas del jefe tras la jornada laboral; jamás se descansa del trabajo. Se ha de garantizar el descanso pues, en caso contrario, se abocan a los trabajadores a un mayor agotamiento psicológico y laboral.

En efecto, merced a la LPRL la empresa debe velar para que se garanticen los derechos de los trabajadores tocantes a su seguridad y salud; el estrés oca-

sionado por la no «*desconexión digital*» constituye un evidente riesgo psicosocial importante, por lo que las empresas han de sensibilizarse y tomar conciencia de ello en aras a adoptar medidas de prevención y protección.

A nivel empresarial existen aplicaciones ideadas por empresas especializadas que pueden ayudar a garantizar el desenganche de sus trabajadores y, de paso, dar cumplimiento a la normativa de aplicación. Un ejemplo es el de la empresa *Fuifi*<sup>22</sup> la cual, ha creado lo según señalan desde su web: «*la solución para la desconexión digital en tu empresa*». Funciona en forma de app disponible en *web mobile*, *app android* y *app iPhone*, por la que, entre otras funcionalidades como son el sistema del registro de la jornada laboral —adaptado al Real Decreto-Ley 8/2019 de 8 de marzo 2019— y la gestión de vacaciones, permite que los trabajadores desconecten de sus tareas laborales. Así según detalla la app, los trabajadores pueden solicitar directamente desde la aplicación móvil el periodo de tiempo en el que van a estar de vacaciones, así como gestionar cualquier otra ausencia; indicando la fecha de inicio y fin y contabilizando el computo de horas totales que van a faltar. Por otro lado, en el caso de tener que atender alguna urgencia en el trabajo, con la misma app podrán ponerse en contacto con el resto de sus compañeros, si fuera necesario. Finalmente, para garantizar el ejercicio del derecho a la desconexión digital, permite que el trabajador pueda configurar sus periodos de descanso para no recibir notificaciones de la aplicación en ese tiempo.

Desde este prisma, las empresas deberían plantearse las consecuencias que tiene para la organización que una persona sufra semejante estrés laboral durante un periodo prolongado de tiempo; el papel de la negociación colectiva es todavía deficitaria en este sentido por lo que urge un mayor tratamiento del derecho en los convenios colectivos que garanticen la seguridad y salud en el trabajo de los riesgos propios de no «desenchufarse» de los medios digitales en el trabajo. La calidad de vida laboral y el estado de salud física y mental de los trabajadores de una organización tiene repercusiones sobre esa organización, como por ejemplo mayor absentismo, menor productividad, menor calidad en el producto y, en definitiva, mayor gasto económico y menor ganancia.

No cabe duda que un trabajador descansado es un trabajador más productivo y menos propenso a coger bajas laborales (evitará sobrecargarse en el trabajo y evitará padecer el síndrome del trabajador quemado —*burnout*—) por lo que, los empresarios, deben tomar buena nota de lo aquí señalado e intentar adoptar medidas en este sentido para que el trabajador una vez acabe su jornada, pueda descansar mentalmente y disfrutar de los suyos, practicar deporte, etc. Máxime cuando ello, es un mandato constitucional: si se acude a la carta magna, en su artículo 40.2 se encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e

---

<sup>22</sup> Consulta en: <https://fuifi.com/> (Accedido a 5-10-2020).

higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

## 5. Bibliografía

- ALEMÁN, Francisco (2017): «El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail N.º 2016-1088». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, ISSN 2386-8090, N.º 30.
- ALTÉS, Juan Antonio y YAGÜE, Sergio (2019): *El derecho a la desconexión digital en el trabajo*. Dentro del manual EL FUTURO DEL TRABAJO: CIEN AÑOS DE LA OIT (COMUNICACIONES). XXIX Congreso Anual de la Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editor: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Colecciones: Informes y Estudios. General, 23.
- ALTÉS, Juan Antonio y YAGÜE, Sergio (2020): «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata». *Labos*, Vol. 1, No. 2, pp. 61-87 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539> EISSN 2660-7360 - <http://www.uc3m.es/labos>;
- ALEGRE, Manuel (2018): *La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la «desconexión digital»*. Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, ISSN 1698-6881, N.º. 155, 2018, págs. 38-41.
- ARRIETA, Francisco Javier (2019): La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, ISSN 1575-7048, N.º 42, 2019 (Ejemplar dedicado a: Digitalización, conciliación y trabajo como mercancía/ Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai gisa).
- BIURRUN, Fernando (2018): «El derecho a la desconexión digital, más cerca». *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, N.º 943, 2018, págs. 22-22.
- CCOO ENDESA (2020): «Solicitamos la regulación urgente del Trabajo Fuera de Oficina (TFO) en la actual situación de fuerza mayor». Recuperado de: <https://ccoendes.com/sites/default/files/2020-05/200518%20Regulaci%C3%B3nTFO%20.pdf> [Consulta a 11 de junio 2020].
- DOSI, Giovanni y VIRGILLITO, Maria Enrica (2019): «¿Hacia dónde evoluciona el tejido social contemporáneo? Nuevas tecnologías y viejas tendencias socioeconómicas». *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 138 (2019), núm. 4, pág. 3.
- DOMINGO, José y SALVADOR, Neus (2020): «Hiperconectividad digital y salud laboral». *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 9638.
- GIL-MONTE, Pedro (2003). «Síndrome de quemarse por el trabajo (Síndrome de Burnout) en profesionales de enfermería». *Revista Eletrônica Interação Psy*, (1), 19-33.
- LÓPEZ LOURDES (2018): «Vigilar ocultamente a los trabajadores en la empresa y la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/vigilar-ocultamente-a-los-trabajadores-en-la-empresa-y-la-reciente-doctrina-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos.pdf> (Accedido: 3-06-2020).
- MIÑARRO YANINI, Margarita (2020). «El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital». En Rodríguez-Piñeiro

- Royo, M. y Todolí Signes, A. *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital* (1.<sup>a</sup> ed., pp. 577-596). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- MOLINA, Cristóbal (2017): «Jornada Laboral y Tecnologías de la Infocomunicación: «desconexión digital», garantía al descanso». *Temas laborales*, núm. 138/2017.
- MOLINA, Cristóbal (2019): «Del acoso moral («mobbing») al ciberacoso en el trabajo («network mobbing») viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial». *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, ISSN 1138-9532, N.º. 437-438, 2019, págs. 143-165.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz y PÉREZ DEL PRADO, Daniel (2017). «Economía digital: Su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica». Disponible en: [http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23\\_FdS\\_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo\\_2017\\_final.pdf](http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf) (Accedido: 2-6-2020).
- SÁNCHEZ LACUESTA, Javier (2020), «Desconexión digital». Disponible en: <http://www.biomecanicamente.org/news/ibv/item/1809-levante-articulo-abril2020.html> (Accedido a 5-10-2020).
- SEBASTIÁN OLGA Y DEL HOYO, María Ángeles (2016): «La carga mental del trabajo». Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Composición e impresión: Servicio de Ediciones y Publicaciones. INSHT Madrid ISBN: 84-7425-605-4, pág. 16. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96076/carga+mental+de+trabajo/2fd91b55-f191-4779-be4f-2c893c2ffe37> (Accedido a 2-6-2020).
- TODOLÍ, Adrián (2017): «El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere». Disponible en: <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/> (Accedido: 2-6-2020).
- TORRES, Bárbara (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, pág. 255.
- TRUJILLO PONS, Francisco (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.
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco (2019): «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, ISSN 2386-8090, N.º. 59.
- RODRÍGUEZ, Sarai (2018): *La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo*. La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI / coord. por Alicia Villalba Sánchez; Lourdes Mella Méndez (dir.), 2018, ISBN 978-84-9020-717-8, págs. 493-513.
- SANTAMARÍA, Noemí (2018): *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*. Recuperado de: <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb6980b7f8f71> [Consulta a 2 junio 2020]
- VIDAL, Pere (2018): «La desconexión digital laboral es ya una realidad». *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, N.º 946, 2018, págs. 11-11.
- ZAMORA, Santiago (2019): «Desconexión digital ¿novedad o anécdota?», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 9363.

# EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES COMO OBSTÁCULO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PAÍSES SUBDESARROLLADOS: LECCIONES DESDE EL CASO PERUANO

*The Private Pension System as an obstacle to the construction of Social Security in underdeveloped countries: Lessons from the Peruvian case*

LUIS ALBERTO QUINTANA GARCÍA\*<sup>1</sup>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

## RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el desarrollo del Sistema Privado de Pensiones, desde la experiencia peruana, respecto a tres ámbitos fundamentales: 1) Su proceso de implementación y consolidación, 2) el papel de la inversión de los fondos de pensiones en el ámbito tanto exterior como doméstico, y 3) los conflictos estructurales durante la pandemia, específicamente aquellas vinculadas a las medidas de retiros de fondos de pensiones y sus efectos; a partir de ello, evaluaremos críticamente el papel del Sistema Privado de Pensiones ante la posibilidad de construir una Seguridad Social genuina. Con ello, se establecen los lineamientos generales para que países en las mismas condiciones de subdesarrollo y dependencia puedan evaluar el panorama futuro de las reformas previsionales que deberán incidir, necesariamente, sobre la estructura económica.

Palabras clave: Sistema Privado de Pensiones, Economía Nacional, Estado, Seguridad Social, Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

## ABSTRACT

This paper analyzes the development of the Private Pension System, from the Peruvian experience, with respect to three fundamental areas: 1) Its implementation and consolidation process, 2) the role of investment of pension funds in the field both foreign as well as domestic, and 3) structural conflicts during the pandemic, specifically those related to pension fund withdrawal measures and their effects; Based on this, we will critically evaluate the role of the Private Pension System before the possibility of building a genuine Social Security. With this, the general guidelines are established so that countries in the same conditions of underdevelopment and dependency can evaluate the future outlook of pension reforms that must necessarily affect the economic structure.

Keywords: Private Pension System, national economy, State, Social Security, Private Pension Fund Administrators.

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidato a Magíster por la UNMSM. Con estudios de perfeccionamiento en relaciones laborales y protección social por la Universidad Alcalá (UAH) y Economía por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Miembro del Grupo de Investigación *Laboralistas* y del Taller de investigación en Derecho Laboral y de la Seguridad Social.

\* **Correspondencia a:** Luis Alberto Quintana García. Dr. José Matías Manzanilla, de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Av. Universitaria cruce con Av. Venezuela cuadra 34, Lima, Perú. — [luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe](mailto:luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe) — <https://orcid.org/0000-0002-2808-6892>

**Cómo citar:** Quintana García, Luis Alberto. (2021). «El Sistema Privado de Pensiones como obstáculo para la construcción de la Seguridad Social en los países subdesarrollados: Lecciones desde el caso peruano»; *Lan Harremanak*, 45, 276-307. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22690>).

Recibido: 04 abril, 2021; aceptado: 02 mayo, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## 1. Introducción

A partir de 1992, en el Perú se inició un proceso de reestructuración del Estado y del sistema económico, cuya repercusión alcanzó a la seguridad social, conllevando a un conjunto de medidas de ajustes económicos impulsados por los órganos financieros internacionales (v.g. cartas de intención entre el Fondo Monetario Internacional y Perú), mediante los cuales, se fomentó *un tipo* de seguridad social: Las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP).

A casi 27 años de la existencia del SPP, resulta importante analizar el proceso histórico que permitió su creación, expansión y consolidación a fin de comprender el cumplimiento de los objetivos formales por el que se fundaron: Otorgar pensiones adecuadas, oportunas, suficientes y completas; este proceso debe señalarnos el papel del Estado y el futuro de las AFP.

Además de ello, resulta central avocarnos sobre el problema de las inversiones de los fondos de pensiones (tanto a escala nacional e internacional), esto, debido a que, representa el eje neurálgico que determina el funcionamiento, diseño y estructura del SPP. Esto resulta fundamental, porque nos permite comprender la naturaleza, hegemonía y tipos de capitales en los que se invierte los fondos de pensiones, así como la ligazón que tiene con el desarrollo económico de un país determinado, y, en consecuencia, con la posibilidad de construir una seguridad social.

Entre los diversos conflictos estructurales del SPP, resulta fundamental analizar aquel agudizado por la pandemia: Los retiros de los fondos de pensiones, conflicto que debe ser analizado desde una visión integral proporcionada por el Derecho de la Seguridad Social, pues, si bien es cierto, las coyunturas pueden exponer problemas específicos, estos, muchas veces, son síntomas o expresiones de un problema de la estructura económica de un país determinado. Con dicho planteamiento, se podrá brindar herramientas de análisis a los sectores sobre los cuales recaen las decisiones previsionales del SPP: Los afiliados, para que puedan adoptar medidas orientadas a cambiar su situación y los factores estructurales que la determinan.

Por lo expuesto, consideramos que, la experiencia del desarrollo del SPP de nuestro país, permitirá que países en las mismas condiciones de subdesarrollo y dependencia, puedan comprender la real naturaleza del SPP, avizorar el futuro sobre la necesidad de transformarla y orientar la discusión sobre la construcción de una seguridad social genuina vinculada a proyectos de transformaciones estructurales.

## 2. Proceso de implantación del SPP en el Perú

### 2.1. Antecedentes y naturaleza de las reformas previsionales

La implementación de las políticas económicas de los organismos internacionales, principalmente, del Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario In-

ternacional (FMI), establecidas a través del Consenso de Washington (cuya formulación se debe al economista británico John Williamson, que en 1989, lo plasmó en su trabajo intitulado: *What Washington means by policy reform*), se iniciaron a partir de 1990 en los países subdesarrollados, trazando las líneas directrices de ajuste y disciplinamiento que debieron implementar los países latinoamericanos en crisis económica, con el objetivo de sentar las bases para un tipo particular de reestructuración funcional al diseño político de dichos organismos financieros.

En ese sentido, este consenso tenía como base fundamental la «liberalización» de la economía, que supuso la expulsión de un tipo de Estado intervencionista que en el S. xx cumplió un rol director y determinante en el proceso económico nacional, sin embargo, para este periodo, dicho tipo de Estado ya no resultaba consustancial a los intereses económicos del imperialismo, por lo que se redujo su participación a la mínima expresión (subsidiariedad), entregando los sectores económicos estratégicos a los grandes capitales extranjeros, principalmente, aquellos sectores productivos que el Estado intervencionista abandonó, cedió o vendió (a precios irrisorios), para volver así, históricamente, al *laissez faire, laissez passer*, con el objetivo de atizar las relaciones económicas de un capitalismo que no sienta las bases para la industrialización del país, sino que, por el contrario, reproduce la manufactura, los servicios y la extracción de petróleo, gas y minerales, como país de la periferia.

A ello se añade que, el movimiento sindical y popular, durante esta etapa, entra en crisis, ya que, dichos sectores entran en una fase de crisis, tanto que, el Capital y el Estado, plantearon mecanismos explícitos de eliminación de derechos conquistados y promovió, abiertamente, una regresión de los derechos sociales y laborales, cuya justificación estarían dadas por la crisis económica. Aquí debemos resaltar que, la ideología «neoliberal» promovida, consistió, básicamente, al regreso de los postulados de mínima intervención del Estado y que los sectores privados administren, dirijan y promuevan las políticas económicas de un país, incluso si esto les lleva a utilizar al Estado como palanca para sus objetivos, a través de la omisión Estatal de las obligaciones mínimas que los convenios internacionales establecen en materia de derechos sociales.

En el Perú, esta situación repercutió en el fomento de la creación del Sistema Privado de Pensiones (SPP), donde los organismos internaciones tuvieron un papel predominante:

El interés y la injerencia de los organismos multilaterales [BM y el FMI] por el sistema de pensiones peruano se remontan al año de 1978, cuando el gobierno peruano restableció relaciones con el FMI. Y el ministro Javier Silva Ruete y el presidente del Banco Central, Manuel Moreyra, firmaron una carta de intención, que tuvo como subproducto la publicación, pocas semanas después, del *Programa económico de 1978- 1980*, en el cual se hizo un detallado listado de objetivos de política y las ac-

ciones a seguir durante el periodo indicado. En este texto, el gobierno señalaba su interés no solo en privatizar «aquellas empresas que por su naturaleza no es conveniente que tengan participación estatal» sino también en «racionalizar la administración del Seguro Social y establecer un sistema eficiente de cálculos actuariales con miras a introducir los ajustes correspondientes» (Rojas, 2014: 79-80).

Agrega también que, esta práctica se desarrolló en lo sucesivo, constante e ininterrumpidamente, pues

«(...) prácticamente en todas las cartas de intención firmadas por el gobierno peruano entre 1991 y 2007 se hace referencia a la reforma del sistema de pensiones, lo cual pone en evidencia no solo la importancia que daba el FMI a esta cuestión, sino también la gran disposición del gobierno peruano de atender tales demandas» (Rojas, 2014: 80).

Con ello, se evidencia que, dentro del marco de las «reformas» propiciadas y fomentadas por los órganos internacionales, estas sirvieron, principalmente, para eliminar todas las formas organizativas de los trabajadores y fomentar un tipo de Estado funcional a la rentabilidad del capital extranjero a través de sus directivas económicas, de esta forma, la ayuda económica para salir de la crisis, era una premisa ilusoria, pues, lo real consistió en la necesidad económica de nuevos mercados para garantizarse medios de incremento y rentabilidad económica a sus capitales, a través del disciplinamiento impuesto en las recetas económicas contra los países subdesarrollados, lo que reestructuró y atizó las relaciones de dominio y dependencia al capital extranjero.

## 2.2. Implementación y consolidación

Con la promulgación del Decreto Ley 25897 (6/12/1992), se crea el SPP, inspirado en la experiencia chilena y cristalizando los ideales capitalistas de administrar las ingentes cantidades dinerarias provenientes de las remuneraciones de la clase trabajadora (asalariado o no), se implementa *un tipo* de seguridad social fomentado por los órganos internacionales en los países del Tercer Mundo: Las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), sin embargo, este proceso, en sus inicios, obtuvo resistencia de los sectores del movimiento sindical, conforme a lo siguiente:

Inicialmente, el Sistema Privado de Pensiones en el Perú fue objeto del D. Leg. 724, del 10/11/1991, pero no pudo ser puesto en vigencia el 28/07/1992, como se había previsto, por las vacilaciones sobre su viabilidad del Gobierno de entonces. Luego del Golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Gobierno de facto publicó el anteproyecto de un decreto ley que debía sustituirlo. El debate suscitado a raíz de esta publicación permitió advertir la inconveniencia de ese régimen para los trabajadores, quienes, según la Constitución de 1979, debían ser asegurados obligatorios del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), y mostró, además, el desequilibrio financiero que produciría en el IPSS. La ola de críticas al anteproyecto decidió al Gobierno a anun-

ciar la publicación de un nuevo proyecto de decreto de Ley de fondos privados de pensiones. Pero no lo hizo y, antes bien, expidió directamente el D. Ley 25897, ejecutando su compromiso con los grupos capitalistas que lo apoyaban (Rendón, 2008: 461).

Al iniciarse la aplicación del Decreto Ley 25897, en junio de 1993, concurren ocho AFP, quienes desarrollaron una gran publicidad para afiliar a los pensionistas del SNP, generándose así, una disputa con el SNP, donde el Estado colaboró, explícitamente, en el traslado de los afiliados del SNP hacia al SPP (v.g. mediante bonos de reconocimiento) y en la modificación sustantiva de la regulación que sobre la tasa de aportación, reglas de jubilación y de afiliación, entre otros, que fueron favoreciendo, directa o indirectamente, al SPP en detrimento del SNP (o lo que quedaba de él).

Es por ello que, la existencia del SPP estaba condicionada al deterioro y desmantelamiento del SNP, por lo que no pudo haber coexistencia pacífica ni mucho menos complementariedad, pues, el SPP surgió a costa del SNP, por ello, siguiendo a Montoro (1999), debemos señalar tres consecuencias de la implementación del SPP sobre el SNP: 1) En relación a los aportantes, en el SNP la proporción de trabajadores activos por trabajador pasivo disminuyó de 18 en 1980 a 7 en 1992, y posteriormente, a 4 en 1996, debido al pase de aportantes del SNP al SPP, lo que agudizó, a partir de 1995, el déficit del SNP entre las contribuciones y el pago de pensiones, obligando al Estado a transferir recursos del Tesoro Público para cubrirlos, asimismo, la tasa de aporte pasó a estar totalmente a cargo del trabajador de 11% en 1995 a 13% a 1997 de su remuneración asegurable; 2) en relación a la cobertura, la población nacional en edad de aportar pasó de 25% en 1980 a 12% en 1995, mientras que la cobertura aumentó de 16% a 29% en los mismos años, ello debido al despliegue de las operaciones de las AFP para captar trabajadores, 3) en relación a los sueldos reales, el salario implícito promedio real de la base de aportaciones valorizados en nuevos soles constantes de 1996, pasó de S/.1300 (USD 347) en 1980 a S/. 400 (USD 106) en 1992, esto ocasionó que las contribuciones totales del SNP disminuya en 57% en términos reales entre 1980 y 1992.

Para 1993, se advertía claramente que este «nuevo» SPP, tendría graves deficiencias consustanciales a la naturaleza de su configuración, que lo acompañarán como sello distintivo desde su creación, y estos son: 1) No pertenece a la seguridad social, sino es un régimen de acopio de los recursos monetarios de los trabajadores con la finalidad de invertirlos en la adquisición de títulos, teniendo como base la edad para acceder a la pensión, 2) No garantiza una pensión mínima, tampoco la permanencia ni acrecimiento del valor real de las pensiones invertidas (inclusive en épocas de crisis económicas, inflación, entre otros), cuyas implicancias afectan el monto y la duración de las pensiones a recibir por los asegurados, 3) Los trabajadores afiliados no intervienen en las operaciones de los

fondos de pensiones, no tienen representantes en las AFP ni pueden oponerse a las operaciones de ninguna forma (v.g. cuando la no inversión de las AFP implica que desaparezca la parte invertida de su pensión), 4) Privilegio de la adquisición, por las AFP, de bonos del Estado a fin de aliviar los déficit o para contribuir a saldar las «obligaciones» internacionales (v.g. pago de la deuda externa), lo que se opone a la búsqueda de mejorar la situación pensionaria de los asegurados (Rendón, 1993).

En este contexto, el Estado peruano, no pudo perder su carácter de clase, a través de la cual, contribuyó a dismantelar los sectores, que en otrora, habían sido intervenidos y dirigidos por una facción de la burguesía, y que en el periodo de reestructuración, generó la necesidad- para las clases dominantes- de virar hacia el apoyo a la burguesía rentista, cuya implementación de políticas neoliberales estuvo en consonancia con las políticas de ajuste y disciplinamiento de los órganos internacionales (v.g. FMI, BM), y que en el caso de la seguridad social, buscó absorber las cuotas de plusvalía que representaban los fondos del «nuevo» SPP a través del sector financiero.

En ese sentido, el objetivo de capitalizar un porcentaje de las remuneraciones de los trabajadores a través de la AFP, no puede comprenderse como propuesta complementaria a la seguridad social ineficiente del Estado, ni mucho menos, como forma alternativa frente a las pensiones irrisorias otorgadas por el SNP, por el contrario, «una manera, [...], de entender el interés de la banca privada por la creación del SPP reside en la posibilidad de que los grupos financieros apuntasen a incorporar [a las] AFP como fuentes adicionales de financiamiento para sus empresas no financieras» (Rojas, 2014: 83), así, este sector se proyecta a reproducir sus formas económicas propias: Manufactura, servicios y commodities, cuya reproducción mantiene intacto las relaciones de subordinación al capital financiero internacional, sin la mayor proyección de desarrollar las fuerzas productivas nacionales que industrialicen nuestro país.

Para inicios del 2021, el proceso de concentración y centralización ha generado que de ocho AFP instaladas al inicio, sólo sean en la actualidad cuatro AFP los dueños del mercado previsional, proceso mediante el cual, las AFP han pasado por diversas fusiones y adquisiciones, teniendo las siguientes características:

1. AFP Habitat tiene como accionista mayoritario Habitat Andina S.A. (99.98% de participación), la que a su vez tiene como accionista mayoritario a la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A (AFP Habitat Chile) con un 99,9%, cuya entidad controladora es la Administradora de Inversiones Previsionales SpA, la que a su vez, el 50% de sus acciones son de propiedad de la Construcción S.A. (ILC), cuyo controlador final es la Cámara Chilena de la Construcción A.G. con un 67%; el 50% restante de acciones son de propiedad de Prudential Chile SpA,

- la que a su vez es de propiedad en un 100% de Prudential Chile SpA II cuyo controlador final es Prudential Financial Inc. (conjuntamente Prudential). Entre ILC y Prudential, mantienen los mismos derechos políticos y económicos y existe pactos de accionistas que prevean, entre otras materias, mecanismos de primera opción de compra de acciones de AFP Habitat de Chile (AFP Habitat, 2021: 19; AFP Habitat, 2020: 29-30).
2. Profuturo AFP forma parte del grupo económico The Bank of Nova Scotia (BNS) Scotia, Banco internacional con sede en Toronto, Canadá, que participa indirectamente a través de Perú Holdings S.A, con el 99,9974% de acciones (Profuturo AFP, 2020: 16-17).
  3. Prima AFP, cuyo accionariado está controlado por el Grupo Crédito S.A. (Credicorp) con el 99.99% de acciones, grupo financiero peruano, donde destaca el Grupo Romero (Prima AFP, 2020: 12-15).
  4. AFP Integra, se encuentra representada por dos grupos: El primero es SURA Asset Management Perú S.A. con el 55.82%, cuyo capital está invertido en Perú; el segundo, SURA Asset Management S.A., cuyos capitales residen en Colombia y tiene una participación del 44.18%, esta AFP forma parte del grupo económico «Grupo Empresarial SURA», el cual es un grupo multilatinista listado en la Bolsa de Valores de Colombia (AFP Integra, 2021: 6).

Todas estas empresas se encuentran vinculados a los sectores financieros, quienes, desde el punto de vista económico, direccionan la política económica Estatal para garantizar la viabilidad de sus inversiones en el tiempo, pero además, como lo indica Oré (2007), el SPP se encuentra controlado por la oligarquía financiera donde coexisten capitales nacionales y extranjeros en actividades especulativas, teniendo como mecanismo principal de rentabilidad los títulos de deuda pública emitidos por el Estado peruano, garantizándose la existencia de un mercado cautivo de afiliados, cuyos aportes son la única fuente de ingresos productivo, y un grupo político a su servicio.

Así, los fondos de pensiones se invierten en actividades improductivas y especulativas en el exterior, ausentes de objetivos nacionales y desarticulados del desarrollo económico nacional, por el contrario, lo que ha generado este tipo de inversión es la consolidación de grupos de poder económico que controlan y direccionan el destino de los fondos de pensiones.

### 3. Inversión de los fondos de pensiones

#### 3.3. Comportamiento del capital extranjero

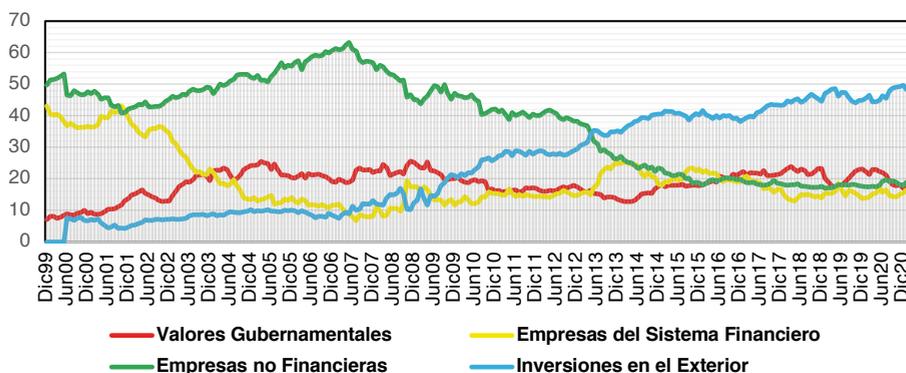
Al diciembre del 2020, las AFP cuentan con un total de 7'780,721 afiliados, asimismo, la totalidad del dinero de dichos afiliados que administra las AFP

asciende a S/ 164,875 millones (USD 44,053 millones), lo cual representa el 23,57% del PIB del Perú.

La forma en que se inviertan dichos fondos de pensiones nos pueden ofrecer un claro panorama de la caracterización de nuestra estructura económica, así, una evaluación histórica de los sectores económicos donde se invierten los fondos de pensiones nos indicará el comportamiento de los capitales existentes y evaluar el capital predominante.

Para analizar ello, a continuación, tenemos el siguiente cuadro:

Cuadro 1  
Tendencia Histórica de las inversiones de la Cartera de Inversiones del SPP  
(en porcentajes)



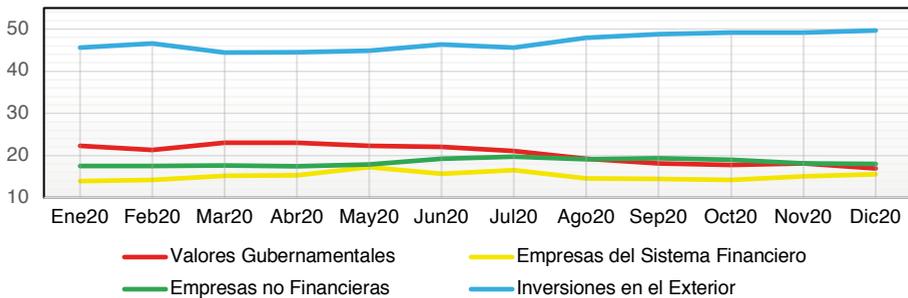
Fuente: BCRP.

Las inversiones de los fondos de pensiones en el exterior (color celeste) se observan con una clara tendencia histórica a la alza (aunque se hayan establecido límites de su inversión) y en conjunto es la predominante; en cambio, las inversiones en las empresas no financieras tienen una tendencia hacia la baja desde mayo del 2007 y a partir de marzo del 2014 se ubica en el mismo nivel de las inversiones en valores gubernamentales y empresas del sistema financiero, todas, con una tendencia al estancamiento y permanencia por debajo del 30%.

Más específicamente, en la época de crisis económica en el periodo de la pandemia, en el que se aplicaron medidas de aislamiento social obligatorio desde el 16 de marzo hasta 30 de junio, se establecieron diversas formas de beneficiar a las empresas nacionales (v.g. ceses colectivos y programas de reactivación económica) y liberaron los ahorros económicos de los trabajadores

(v.g. uso de la compensación por tiempo de servicios o retiro de fondos de las AFP), encontramos que no existe una variación sustantiva de las inversiones de los fondos de pensiones por sectores económicos conforme se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro 2  
Tendencia de la Inversión de la cartera de inversiones del SPP en época de crisis  
(en porcentajes)



Fuente: BCRP.

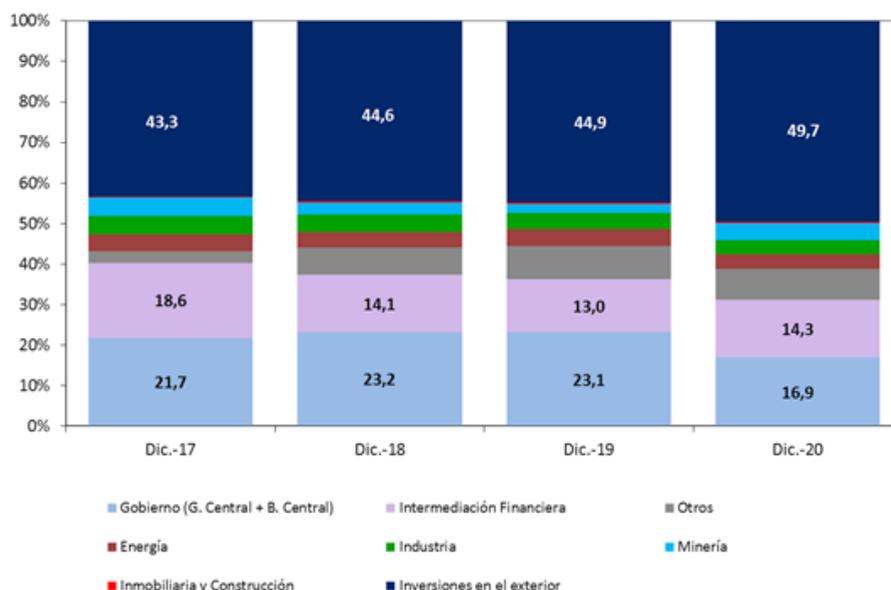
En época de crisis económica, se advierte que las inversiones de los fondos de pensiones en el exterior se mantuvieron relativamente estables y a partir de julio del 2020 tienen una tendencia leve al alza, mientras que los otros sectores de inversión se mantienen estables hacia la baja por debajo del 25%. La época de crisis económica confirma la tendencia histórica de la inversión de los fondos de pensiones, en la que, las inversiones en el exterior se muestran determinante.

A diciembre del 2020 se advierte específicamente que el 49.7% se invierte en el exterior, 16.9% en el gobierno (Gobierno Central y BCRP), 14.3% en intermediación financiera, 3.6% en Energía, 3.5% en Industria, 2.1% en Minería, 0.4% en Inmobiliaria y Construcción y 9.5% en otros (ver cuadro N.º 3). A pesar de que las inversiones de los fondos de pensiones en nuestro país alcancen el 50.6%, esta se encuentra altamente dispersa en diversos sectores económico, de los cuales, la actividad económica predominante se encuentra vinculada, principalmente, a sectores especulativos y al endeudamiento del gobierno.

Con ello, se advierte que el capital financiero internacional mantiene su papel dominante sobre el uso de los fondos de pensiones (incluso en épocas de crisis), y con ello, refleja la estructura de dependencia económica de nuestro país, donde los montos mayoritarios de las AFP se invierten en el extranjero (fuga

de capitales), los cuales no retornan ni mucho menos se orientan a promover el desarrollo de actividades productivas nacionales; con ello se traza claramente el papel de las AFP en relación con el capital extranjero: Se comporta como su fuente y espacio de acumulación y rentabilidad de manera, cada vez más, amplia y fluida. El Estado en dicha relación, se erige como garante y protector (o minimizador) de los riesgos a los que se expone la actividad especulativa a la que son sometidos los aportes de los afiliados a través de la emisión de sus bonos vía Gobierno Central o BCRP.

Cuadro 3  
Inversión de los aportes en sectores económicos  
(en porcentajes)



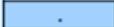
Fuente: SBS.

### 3.2. Comportamiento del capital doméstico

Ahora, debemos enfocarnos dentro del ámbito nacional y seguir especificando más los sectores domésticos de nuestro país en los que se invierten los fondos de pensiones, a fin de comprender cuál es la naturaleza de las actividades desenvueltas por las AFP. Por ello, a continuación, mostramos el cuadro N.º 4 donde se describen las principales empresas en las que se invierten los fondos de pensiones:

Cuadro 4  
Quince principales empresas en que se invierte los aportes de las AFP  
(en porcentajes)

Emisor	Dic-18	Dic-19	Dic-20	Ene-21
Gobierno Central	23,2	23,1	16,9	17,0
BlackRock Fund Advisors	13,4	9,3	9,6	8,5
Banco Continental	2,0	1,6	2,6	2,9
Alicorp	2,0	2,2	2,0	2,2
BlackRock Asset Management Ireland Limited	1,0	6,0	2,3	2,1
Gobierno de México			1,9	2,0
Banco Internacional del Perú	1,1	1,4	1,7	1,9
InRetail Peru		1,2	1,7	1,9
State Street Bank and Trust Company	2,0	1,0	2,3	1,8
Vontobel Asset Management S.A.			1,5	1,6
Banco de Crédito del Perú	1,6	1,4	1,5	1,7
Intercorp Financial Services Inc.	1,2	1,3	1,4	1,4
República Federal de Brasil		1,7	1,4	1,4
Schroder Investment Management	0,9		1,2	1,3
Credicorp LTD.	1,0	1,3	1,4	1,3
Engie Energía Perú S.A.	1,1	1,3		
Ashmore Investment Management Limited	0,8	1,0		
Telefónica del Perú		0,9		
The Vanguard Group Inc.	3,0			
GAM (Luxembourg) S.A.	1,4			
<b>Total</b>	<b>56,0</b>	<b>54,8</b>	<b>49,3</b>	<b>48,8</b>

Dentro de los 5 principales emisores en el mes de referencia	
Dentro de los 10 principales emisores en el mes de referencia	
Dentro de los 15 principales emisores en el mes de referencia	

Fuente: SBS.

Como se observa, existen siete empresas (sombreadas de color amarillo) sobre el cual recae la absorción del dinero de los fondos de pensiones, ante lo cual corresponde evaluar a qué grupos económicos corresponde:

- La empresa Alicorp (Industria de alimentos y bebidas), Banco de Crédito del Perú y Credicorp LTD. (holding); pertenecen al Grupo Romero.
- Banco Internacional del Perú, Intercorp Financial Services Inc. (holding) e InRetail Perú (almacenes comerciales) pertenecen a Carlos Rodríguez-Pastor.
- Banco Continental pertenece al Grupo Brescia.

Como observamos, las actividades en las que se invierten recaen, principalmente, sobre el capital financiero de los principales grupos económicos de nuestro país, lo que implica un riesgo artificial al que se le impone al sistema de seguridad social en pensiones.

Asimismo, este dinero no se orienta a promocionar o desarrollar (inyectar) al capital nacional productivo, por el contrario, se orienta a un capital especulativo, dejando de lado el sector industrial (industria pesada y ligera), representada por el capital productivo nacional (v.g. MIPYME), dejando de lado con ello la producción de bienes de capital (v.g. maquinarias, motores, entre otros), bienes intermedios (v.g. sustancias químicas básicas, productos de molinería, entre otros) y el proceso de acumulación nacional para garantizar la implementación de políticas sociales, económicos y culturales, que permitan crear fuentes permanentes de ingresos fijos para el financiamiento de un sistema de seguridad social nacional.

Este conflicto, ha generado un grado de dependencia al momento de determinar el destino de las inversiones de los afiliados en periodos de aparente crecimiento (para el mejoramiento de las prestaciones vinculadas a las pensiones) o de crisis (como en el periodo en que nos encontramos), lo cual se explica no sólo por el predominio del capital extranjero en el tipo de inversión de los fondos de pensiones y su tendencia al aumento, sino, por la pérdida de poder económico al que se enfrenta este tipo de capitalistas (que son dueños de las AFP) frente a los otros capitalistas individualmente constituidos en la pugna competitiva del sistema económico, lo que los obliga a no detener, y con mayor firmeza en el momento de la crisis actual, el proceso de rentabilidad de «su» capital, de lo contrario, implicaría una pérdida de poder político y económico en el que se encuentran como capitalista individualmente constituidos.

## 4. Conflictos estructurales durante la pandemia

### 4.1. Panorama de su desarrollo

En el contexto de la pandemia, las autoridades de nuestro país emitieron un conjunto de medidas tendientes a la declaratoria de emergencia y al aislamiento social obligatorio (cuarentena); así, mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA, del 11 de marzo de 2020, se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y con el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, del 15 de marzo de 2020, se estableció el inicio del aislamiento social obligatorio.

Posteriormente, el Estado previó la necesidad de plantear el desconfinamiento que permitiera la reanudación de las actividades pero protegiendo la vida y la salud de los trabajadores conforme a los parámetros fijados mediante el Decreto Supremo N.º 094-2020-PCM del 23 de mayo del 2020 (nueva con-

vivencia social), permitiendo la implementación de diversos reglamentos, lineamiento, protocolos, etc. relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en ese sentido, se emitieron medidas, entre otras, tales como el Decreto Supremo N.º 116-2020-PCM del 26 de junio de 2020, que prorrogó sólo el Estado de Emergencia Nacional y fijó las pautas para una cuarentena focalizada y la inmovilización social sólo por horarios a partir del 1 de julio del 2020; después de estas medidas se reanudaron las actividades económicas mediante fases en su totalidad. En la actualidad, a pesar de existir medidas de confinamiento en determinadas fechas y similares, las actividades económicas no se han detenido.

En estas condiciones, se desarrollaron las medidas previsionales vinculadas al SPP, las cuales también se han limitado únicamente al retiro de sumas dinerarias, por parte de los afiliados, para atenuar su estado de necesidad y desprotección, aunque con graves consecuencias para su futuro, expresándose una vez más, las contradicciones irreconciliables entre los dueños del SPP y los afiliados.

#### 4.2. Dos desembolsos con una misma lógica: Decretos de Urgencias N.º 034-2020 y N.º 038-2020

En una grave situación de vulnerabilidad, entre los diversos sectores de la población que la padecieron, se hallaron los afiliados al SPP, quienes vieron en sus fondos de pensiones la posibilidad de atender sus necesidades inmediatas ante un sistema económico y social que poco o nada posibilitaba su protección integral en tan crítico contexto a pesar de haberse implementado medidas paliativas con muy poco efecto sobre la población en general.

Hasta el 28 de marzo del 2020, según el Congreso de la República (s.f.1) el gobierno adoptó diversas medidas para mitigar el impacto de la Covid-19 con un gasto público ascendiente a S/ 3,856 millones (USD 1.030 millones), entre los que se encuentran el fortalecimiento de los servicios de salud, sector educativo, ayuda humanitaria, bonos a personas en situación de vulnerabilidad y a las personas con incapacidad temporal, creación del Fondo de Apoyo Empresarial, subsidios en la planilla de empleos, medidas tributarias, cambios regulatorios para liberar la compensación por tiempo de servicios (CTS) y suspensión temporal del aporte previsional al SPP (que representaban S/5,500 millones (USD 1,469 millones) en recursos liberados), entre otros; todas estas medidas orientadas a generar mayor liquidez para miles de hogares, ante lo cual, surgió la necesidad, también, de atender al sector de la población que se encuentra en desempleo o sin realizar aportes previsionales obligatorios por 6 meses o más a fin de que obtengan liquidez en el corto plazo y puedan utilizar sus fondos de pensiones para aplacar las consecuencias negativas en su economía por la pandemia.

Aquí es preciso resaltar que, a través del art. 9 del D.U. N.º 033-2020 (27/03/2020), se le permitió retirar hasta un la suma de S/ 2,400 (USD 641) de su CTS, la cual no solo desnaturalizaba dichos ahorros forzosos que se hacía se-

mestralmente para que el trabajador afrontara su situación de desempleo, sino que, cargaba únicamente al trabajador, individualmente constituido, quien, tendría que afrontar la pandemia sin apoyo alguno. Por otro lado, la situación de la recaudación del SPP resultó afectada, pues, mediante art. 10 de dicho decreto, también, se estableció la suspensión del aporte previsional del mes de abril, suspensión no considerada para la evaluación al acceso de los beneficios; asimismo, en su art. 11 señaló que los empleadores retengan, declaren y paguen el monto correspondiente al seguro de invalidez y sobrevivencia colectivo del SPP. De esta forma se garantizaba mayor liquidez a los trabajadores para afrontar la situación de pandemia a costa de sus propios ahorros.

Posteriormente, el *primer desembolso* se establece mediante D.U. N.º 034-2020 (1/04/2020), vigente desde el mes de abril hasta el 31 de diciembre de 2020 y de carácter intangible frente a terceros, por lo que no fue susceptible de compensación, afectación en garantía, medida cautelar o medida de cualquier naturaleza que tuviera por objeto afectar su libre disponibilidad (numeral 2 de la Primera Disposición Complementaria Final del D.U. N.º 035-2020); que en su art. 2, señaló dos supuestos para acceder al retiro de los fondos de pensiones:

- Retiro extraordinario de hasta S/ 2,000 (USD 534) de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC), siempre que, hasta el 31 de marzo de 2020, no cuenten con acreditación de aportes previsionales obligatorios a la referida cuenta, por al menos seis (06) meses consecutivos (de setiembre del 2019 hasta febrero del 2020).
- En caso la CIC cuente con un monto menor a S/ 2,000 (USD 534), la AFP debe poner a disposición del afiliado, el íntegro de dicha cuenta.

Si bien es cierto, los fundamentos que dieron la posibilidad de retirar los fondos de pensiones, se sustentaron en la solución individual del problema de la crisis económica y la falta de empleo, esta se fue agravando con la implementación de medidas que promovieron los ceses colectivos bajo la figura ficticia de la «suspensión perfecta de labores» a través del art. 3.2. del D.U. 038-2020 (14/04/2020), y reforzado por los art. 4 y 5 del D.S. 011-2020-TR (21/04/2020), los cuales, dispusieron que, excepcionalmente, los empleadores que no pudieran implementar la modalidad de trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica que tenían a la fecha, podrían optar por la *suspensión perfecta de labores* exponiendo los motivos que la sustentan; lo que a todas luces significó un gran retroceso para el Derecho del Trabajo y el inicio de los despidos masivos encubiertos. Dicha situación se agravó aún más al introducir el silencio administrativo positivo (art. 3.3 del D.U. y 7.5 del D.S. citado) , por la cual, los empleadores que solicitaran la suspensión perfecta de labores pero que no encontraran respuesta concreta en el plazo establecido, sea de 30 días para la Autoridad Inspectiva del Trabajo o 7 días para la Autoridad Ad-

ministrativa del trabajo (incluso añadiendo los 5 días referido a la notificación), se entenderá que dichas solicitudes fueron aprobadas, y en consecuencia, operaba la suspensión perfecta de labores.

Para este periodo, el propio Sindicato Único de Inspectores de Trabajo de la SUNAFIL (2020) señalaba que entre el 16 de marzo y el 22 de abril, según cifras estatales, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) recibió un total de 6,896 denuncias laborales, asimismo, entre el 14 de abril y el 20 de abril, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) recibió un total de 7,124 de solicitudes de suspensión perfecta, las que han afectado alrededor de 84,345 trabajadores. Así, entre denuncias y solicitudes de suspensión presentadas hasta el 22 de abril, hay un total de 14,020 casos laborales (cifra que aumentaría a 15 mil órdenes a verificar para el 8 de junio del 2020). Ante dicho panorama, el número de inspectores de trabajo- según indicaron- era muy escaso: Apenas 661 a nivel nacional, situación que empeora si la mitad de ellos son inspectores auxiliares, quienes no pueden inspeccionar materias que revistan complejidad. Razón por la cual, dicho sindicato solicitó que la figura del silencio positivo sea eliminada.

Las medidas implementadas por el gobierno no sólo abstraían la situación real de las autoridades inspectivas y de trabajo, quienes, no tenían (ni tienen) la capacidad orgánica, económica ni administrativa para atender dichos pedidos, más aún, si los conflictos sociales estaban en aumento; por lo que resultaba irrisorio sostener que la el silencio positivo buscaba una suerte de «facilidad» en el desenvolvimiento de derechos sustantivos o en la agilización de las decisiones administrativas, pues, lo real era que se facilitaba la imposición de la libertad de empresa (derecho sustantivo único) del gran capital para justificar su necesidad de ceses colectivos, pero además, favorecía la no interrumpir el proceso de rentabilidad de capital en condiciones de competencia muy adversas. Así, la normativa laboral encubre una real necesidad del gran capital para extinguir las relaciones laborales, la cual se ve facilitada por la inoperancia estructural fomentada en las instituciones fiscalizadoras de nuestro país.

Estos conflictos agravaron la crisis económica de nuestro país, lo cual, produjo, un nuevo desembolso, que según el Congreso de la República (s.f.2), se justificaba no sólo por el contexto internacional y nacional que expuso a la población en general a una necesidad de liquidez para afrontar la pandemia, sino que, existieron sectores de afiliados desempleados, sin posibilidad de realizar los aporte previsionales por 1 mes o más, encontrándose en posible suspensión perfecta de labores; razones por las cuales- a juicio del Congreso-, se hizo necesario la utilización de parte de sus fondos de pensiones para que atendieran sus necesidades de subsistencia y las de su familia.

De esta forma, el *segundo desembolso* se manifiesta a través del Decreto de Urgencia N.º 038-2020(14/04/2020), que excluye al universo de personas comprendidas en el primer desembolso (D.U. N.º 034-2020) y, según su art. 10.7,

adopta un carácter intangible. Además de ello, su art. 10 establece los supuestos y los montos que se podían retirar:

- Por única vez, el retiro extraordinario de hasta S/ 2,000 (USD 534) de la CIC, siempre que al momento de la evaluación de la solicitud el trabajador se encuentre comprendido en una medida aprobada de suspensión perfecta de labores prevista en el marco legal vigente.
- Por única vez, el retiro extraordinario de hasta S/ 2,000 (USD 534) de la CIC, siempre que al momento de evaluación de la solicitud no cuenten con la acreditación del aporte previsional obligatorio correspondiente al mes de febrero o marzo del 2020.
- Por única vez, el retiro extraordinario de hasta S/ 2,000 (USD 534) de la CIC cuya última remuneración declarada o la suma de estas percibidas en un solo periodo sea menor o igual a S/ 2,400 (USD 641), siempre que al momento de evaluación de la solicitud cuenten con la acreditación del aporte previsional obligatorio al mes de febrero o marzo del 2020.

Su vigencia, según su art. 12, será en tanto dure la emergencia sanitaria a nivel nacional declarada mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA, así como el Estado de emergencia nacional establecido mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, y sus prórrogas, el cual se extendió hasta el 5 de abril del 2021.

Como observamos, los desembolsos establecidos por el gobierno, buscaron otorgar liquidez a los afiliados, encontrándolo principalmente en los fondos de pensiones, cuyo desembolso terminó por demostrar su naturaleza: Montos dinerarios ahorrados forzosa e individualmente. Los retiros de los fondos de pensiones ahorrados en la CIC representaron una salida del sistema económico para aminorar la crisis a costa de los afiliados, quienes, se hicieron cargo de su situación de desamparo con sus ahorros para su jubilación.

#### 4.3. El retiro del 25%: La ley N.º 31017

El aislamiento social obligatorio hasta el mes de mayo se mantuvo en función de la evolución de los contagios existentes, lo que conllevó a la agudización de la crisis económica y sanitaria de la población en general. Esto obligó a que las medidas de confinamiento se extendieran hasta el 24 de mayo del 2020 (D.S. N.º 051-2020-PCM, N.º 064-2020-PCM, N.º 075-2020-PCM y N.º 083-2020-PCM). En este periodo, nuevamente se desarrollaron debates en torno a la necesidad de dotar de liquidez a la población a fin de permitir la futura reactivación económica, ante lo cual, el sector de afiliados a las AFP, obtuvieron la posibilidad de realizar un nuevo retiro de sus fondos de pensiones.

El Congreso de la República (2020a), desde el 24 de marzo hasta el 1 de abril del 2020 desarrolló diversos proyectos de ley para evaluar la necesidad de

habilitar a los afiliados al SPP los retiros de los fondos de las CIC, las cuales, tuvieron, entre otros, los siguientes fundamentos: 1) Al marzo del 2020, países como Italia, España, Estados Unidos y China fueron los países con altos índices de contagios, y en el Perú, se calculaba 1065 contagios, 190 hospitalizados y 30 fallecidos; situación que requería adoptar medidas a fin de prevenir el aumento de contagios, 2) La crisis económicas se vieron agudizadas por las tensiones comerciales y políticas entre China y EEUU, las cuales, preveían medidas de política fiscal por parte de la Reserva Federal de EEUU, 3) La crisis económica comenzó a perjudicar el valor de los fondos de pensiones, aunado a que las comisiones cobradas por las AFP se mantuvieron intactas debido a su diseño, pues, estas no dependen de las ganancias o pérdidas que ocurriera en los fondos de la CIC, además, en dicho contexto, los fondos con alta volatilidad estaban expuestas a pérdidas que los afiliados soportaban y no podían evitar, por más que exista un procedimiento para trasladar sus fondos a un tipo de fondo menos riesgoso, 4) Ante las medidas de aislamiento social obligatorio y estando a que el Estado no tiene la capacidad para otorgar recursos inmediatamente a la población y sólo ha establecido algunos paliativos (v.g. bonos, canastas, etc.), se necesitaba adoptar medidas tendientes a dar liquidez a los afiliados a través de sus propios fondos y que generara un movimiento de capitales en la economía nacional, la que a su vez, pueda permitir al Estado recaudar impuestos, 5) El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en su presentación ante el Congreso de la República del 31 de marzo del 2020, señaló que existen aproximadamente más de 3 millones de afiliados con un fondo acumulado por debajo de la suma de S/ 5,000 (USD 1,335), a los que, si se les aplica el 25% de retiro de su fondo (propuesta legislativa del nuevo desembolso), recibirían en promedio S/ 391 (USD 104); lo que describe un panorama donde los afiliados, sin necesidad de realizar el retiro del 25% de sus fondos, igualmente, no recibirían una pensión adecuada.

Una vez en el Pleno, el Congreso de la República (2020b) advirtió, además de la campaña mediática que las AFP desplegaron a fin de mostrar la situación catastrófica que generaría el potencial retiro, que el BCRP (vía Julio Emilio Velarde Flores), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y el Estado (vía Presidente, Martín Alberto Vizcarra Cornejo y Ministra de Economía y Finanzas, María Antonieta Alva Luperdi), tuvieron una posición favorable a las AFP. Además de ello, las AFP señalaron que, de aprobarse los proyectos de ley de retiro de aportes, venderían los bonos del Estado para obtener liquidez y cumplir con las obligaciones previsionales producto del retiro; a pesar de que las inversiones en el exterior alcanzaban casi el 44% del total de la cartera administrada. El objetivo de la medida, que se deduce a lo largo de los debates, es que los afiliados tengan dinero para afrontar y recuperarse de la crisis económica, asimismo, la lógica que empieza a hegemonizar en los discursos de los congresistas es la de que, los aportes de los afiliados es dinero suyo, y por tanto, no tiene nada que ver los objetivos previsionales fu-

turos. Asimismo, el nuevo retiro de fondos no podría ser contradictorio con las medidas anteriormente dispuestas por el gobierno. En el debate también se advirtió la necesidad de realizar reformas integrales al sistema previsional tanto público como privado.

A pesar de los conflictos suscitados, el nuevo retiro se implementó a través de la Ley N.º 31017 (1/05/2020) o Ley que establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional en el año 2020 (medida aprobada por el Congreso), la cual, mantuvo también su condición de intangible (art. 1 de la Ley N.º 31022) y precisó que los afiliados beneficiados por el D.U. N.º 34-2020 podrían retirar sus fondos bajo esta nueva norma pero descontando la suma recibida en ocasión de él y manteniendo los límites previstos. Así, esta Ley dispuso las siguientes cantidades y requisitos para retirar sus fondos de pensiones:

- Retiro de hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en la CIC. Con tope mínimo de 1 UIT (USD 1,148) y máximo: 3 UIT (USD 3,446). La entrega se realizará en dos desembolsos del 50% cada uno.
- En el caso de que el afiliado tenga un fondo acumulado total en CIC igual o menor a 1 UIT (USD 1,148), el retiro será del 100% y en un solo desembolso.

Según se señala, en su art. 2.4, los afiliados deben solicitarlo en el plazo máximo de 60 días calendario de publicado el procedimiento operativo por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el cual fue publicado mediante Resolución SBS N.º 1352-2020, con fecha 11 de mayo del 2020, la cual, en su artículo séptimo, dispuso la vigencia de dicha resolución a partir del 18 de mayo de 2020, lo que indica que, las solicitudes se tendrían que realizar hasta 16 de julio del 2020.

La emisión de esta norma estuvo en el vórtice del conflicto entre el poder ejecutivo y legislativo, de ahí que su promulgación no fuera realizada por el Presidente de la República, además, se desarrollaron los debates en torno a la necesidad de la reforma de los sistemas público y privado de pensiones. Esto explica cómo, progresivamente, por un lado, los sectores del Estado y sus representantes, se ven forzados a atender la situación de los afiliados y de atenuar las fórmulas de retiros a fin de aminorar el perjuicio económico al SPP, atendiendo, como siempre, a los requisitos expuestos por los dueños de las AFP; y por el otro, los políticos, cuyo pragmatismo, los vincula a propuestas cortoplacista y discursos formales de «reformas» que, en última instancia, inciden sólo en la estructura técnica (paramétricas o estructurales, en términos de la OIT).

Además, resulta importante resaltar que, durante todo este proceso, las AFP, a decir de Durand (2020), habrían desarrollado una estrategia para conseguir el

respaldo económico del Estado y el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) de la siguiente manera:

En lugar de proceder a vender valores en el mercado mundial, y ante las expectativas de los pensionistas de sacar sus fondos, las Cuatro Hermanas (AFP Prima, Integra, Profuturo y Habitat), optaron por pedirle ayuda al Estado. Sí, ese mismo Estado que consideran burocrático, ineficiente, una traba al desarrollo.

La movida era inusual. El BCR y el B[N] están para servir los intereses de la economía pública, no la privada. Las AFP, con la ayuda de [Roberto] Abusada [del Instituto Peruano de Economía], el economista neoliberal más influyente y antiguo del país, en coordinación con Giovanna Prialé, la presidente del gremio de AFP, comenzaron a barajar alternativas. Una de las primeras movidas fue sugerirle a Alva que fuera el BN quien le diera préstamos en soles para ir financiando los retiros. [María Antonieta]Alva [Luperdi, Ministra del MEF] aceptó inmediatamente y envió a José Carlos Chávez a presionar al BN. Luis Alberto Arias se negó, no solo porque no está dentro de sus funciones dar este tipo de servicios sino porque tal propuesta compromería las finanzas del banco. La presión para que aceptara se hizo a través de Chávez.

Malgrado el Plan A, pasaron al Plan B. pero no olvidaron lo que consideran una afrenta. El BCR decidió apoyar un plan para darles fondos que favorecen a las AFP, medida que nunca antes se ha tomado y que es posible exceda sus atribuciones de ley. Julio Velarde aduce que se podía caer el mercado, indicando un temor que no tiene base. Lo lógico es que las AFP vendan activos en el exterior, no en el Perú. Es un pobre argumento.

Esto suscitó una diversidad de cuestionamientos sobre el papel del BCRP en relación a las AFP, ya que, se le asoció inmediatamente a una instrumentación por parte de las AFP para salvaguardar sus intereses, por ello, el Banco Central de Reserva del Perú (2020a), mediante nota informativa, señaló lo siguiente:

Las REPO [u Operaciones de recompra de títulos, son compras temporales de activos de alta calidad que hará el BCRP, específicamente en dólares, a las AFP, con la condición de que éstas los recompren al BCRP dentro de un plazo establecido] con las AFP no benefician a las AFP ni a sus accionistas, que tienen un patrimonio separado al del fondo de pensiones, sino que ayudan a preservar el valor del Fondo de los afiliados.

Esta medida se ha dado para evitar la potencial venta masiva de S/ 35 mil millones [USD 9,351 millones] de bonos del Tesoro para pagar los retiros de hasta un 25% de los fondos de los afiliados a las AFP. Estas ventas en un período muy corto hubieran desvalorizado estos bonos, perjudicando a los afiliados y también causando una elevación no deseada de las tasas de interés de largo plazo en soles en un contexto que el Banco Central ha reducido a niveles mínimos su tasa de interés de política monetaria.

En efecto, el alza de la tasa de interés del bono del Tesoro peruano -al ser una guía para el resto de tasas de la economía- hubiera elevado las tasas de interés de operaciones de largo plazo del sector privado, como es el caso de las hipotecas.

La desvalorización abrupta de los bonos del Tesoro Peruano habría reducido la confianza de los inversionistas extranjeros sobre estos títulos, lo que hubiera provocado una salida de capitales y presiones al alza del tipo de cambio. Es importante destacar que la sola publicación de la norma que ampliaba las REPO a las AFP con bonos del Tesoro evitó dicho efecto.

Entonces, lo que llama la atención es por qué se optó por las REPO y no por la liquidación de activos en el exterior. La respuesta la encontraremos en la propia lógica de la rentabilidad del capital bajo el control de las AFP, que evaluando el menor impacto sobre su rentabilidad, encontró que, la liquidación de activos en el exterior hubiera generado una mayor disminución del valor de los activos de los fondos de pensiones por el alto grado de volatilidad al que se exponen los dólares en el periodo de crisis, otorgando menores sumas en soles a los que retiraran sus fondos, además, otro efecto sería el alza del interés sobre la economía del país a causa de la desvalorización de los bonos del Tesoro Público que habría vendido las AFP. La lógica de la rentabilidad del capital se impone para atender la vía menos costosa pero, a su vez, refleja nuestra estructura economía subdesarrollada y dependiente: La imposible ruptura con el capital financiero internacional, no por acto de voluntad que las AFP pudieran o no efectuar, sino por la naturaleza misma del capital que representa las AFP, quienes se encuentran imposibilitados de liquidar los activos del exterior porque encuentran un mayor perjuicio económico en su rentabilidad y en consecuencia, el riesgo de perder la posición de dominio en el mercado de las pensiones, por lo que, dada su relación histórica con las instituciones del Estado, encuentran una alternativa menos gravosa para suplir o atenuar dicha pérdida: Las REPO, la cual, deja intacto la inversión en el exterior y nos señala el carácter subordinado de las AFP al capital internacional.

Como se advierte, ni el Estado (o sus instituciones) ni los políticos pragmáticos, proponen una salida real al conflicto, sino su agudización, pues, por un lado, el Estado y su subordinación a las AFP, y por el otro, los políticos pragmáticos, con una visión individualista y coyuntural del problema, no pueden dar una salida real a los problemas previsionales del país, por el contrario, se refuerza el individualismo ahorrista y se deja fuera de discusión el papel que debería tener los fondos de pensiones en el desarrollo económico e industrialización de nuestro país a fin de garantizar fuentes permanentes de ingresos para atender a los riesgos sociales de forma integral. Para ambos sectores, el problema se encarrila únicamente a discutir los tipos de afiliados a beneficiar, qué prestaciones debe recibir y cuánto deberá ser el monto de pensiones, debate que refleja la miseria de los ideólogos de la seguridad social dominante.

#### 4.4. El retiro extraordinario: Ley N.º 31068

Durante los cinco meses posteriores a la emisión de la Ley N.º 31017 y sin aislamiento social obligatorio, se agudizaron los conflictos entre el poder ejecu-

tivo y legislativo, llegando a la crisis política en el que se vería envuelto el presidente de la república de aquel entonces, Martín Alberto Vizcarra Cornejo, por estar vinculado a actos de corrupción.

En ese panorama, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera (2020), en su dictamen en mayoría, sostuvo la necesidad de la emisión de una norma que volviera a permitir el retiro de las pensiones, teniendo en cuenta que esta debería realizarse de forma moderada y progresiva a fin de evitar la pérdida del valor de los fondos y la generación de inflación por la liquidez; en ese sentido tomó en cuenta los siguientes aspectos:

1. Conforme a los informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), existirá: a) Un descenso en el valor de los activos y retiros de los fondos de pensiones desde la caída de los mercados financieros, b) un incremento en los pasivos por la caída de las tasas de interés y retiro de los ahorros previstos con fines previsionales, c) Baja capacidad de contribuir al retiro de los planes de ahorros por parte de individuos al ver la reducción de sus salarios y pérdidas del empleo, d) Disrupciones operativas producto del trabajo remoto, e) Cyber ataques, fraudes y estafas dirigidas a individuos, reguladores, supervisores y esquemas de administración de fondos de pensiones, f) Reducción en los ahorros y tasas compuestas de interés como resultado de las medidas previstas para el alivio en el corto plazo que puedan tener impacto negativo en el largo plazo, especialmente en el retiro de la adecuación de los ingresos. Ante lo cual, la política previsional que tiene como objetivo limitar la materialización de pérdidas de inversión, asegurar la insolvencia de los planes de retiro, contribuciones y subsidios y las disrupciones operativas a domicilio son calificadas como buenas políticas, mientras que, brindar alivio de corto plazo con riesgo de largo plazo es designada como política negativa. Se destaca de ello que, se prevé un conflicto intraafiliados, donde los fondos de poca volatilidad de los afiliados servirían para financiar la liquidez requerida para los retiros de los fondos.
2. De los afiliados aportantes activos y los que tienen más de 6 meses de no aportar (en total 5,409 millones de personas), se puede apreciar que el 19% (poco más de un millón de afiliados) dispuso de la totalidad del saldo de sus CIC tras la disposición del 25% aprobado por el Congreso de la República retirando un total de S/ 1,342 millones (USD 358 millones), el 57% retiró hasta S/ 18,209 millones (USD 4,865 millones), quienes dejaron un saldo vigente de S/ 79,547 millones (USD 21,254 millones), mientras que el 26% restante no dispusieron en lo absoluto de sus fondos, dejando un saldo vigente en sus CIC de S/ 46,721 millones (USD 12,483 millones); se espera que en un eventual aprobación de disposición del 100% de los fondos de las AFP, este 57% de afiliados

- (más de 3 millones de personas), dispongan del total de sus fondos, haciendo un retiro total de S/. 79,547 millones (USD 21,254 millones). Además, se advierte que, los gastos, conforme al escenario del retiro del 95%, podrán destinarse al consumo y no en gastos superfluos (Bosch *et al.*, 2020). La retiro de los fondos de pensiones originará que el afiliado, y en cierto grado el Estado, asuma el riesgo de longevidad, comportamiento y retorno.
3. Los retiros del 25% (conforme a la Ley N.º 31017), conforme a la información de la SBS, señala que, los aportantes que retiraron todo el dinero de su CIC en su mayoría tienen entre 20 y 40 años, y quienes retiraron dinero de su CIC pero dejaron un saldo, se concentran en individuos entre 25 y 50 años de edad; de estos últimos, S/ 18 mil millones (USD 4,809 millones) han sido retirado y han dejado como saldo un poco más de S/ 80 mil millones (USD 21,375 millones). Estos últimos asegurados serían los candidatos para los siguientes retiros de fondos de aprobarse la Ley.
  4. Se advierte, conforme a los datos de la Asociación de las AFP que, del 26% del total de afiliados, durante 12 meses no han realizado aportes, quienes en conjunto retiraron S/ 13,842 millones. Al 14 de octubre del 2020, el monto de los afiliados al SPP con más de 12 meses sin aportar se rige por: a) Hasta 1 UIT (USD 1,148): 1'055,010 afiliados, b) 1 a 2 UIT (USD 1,148 a 2,297): 316, 320 afiliados, c) de 2 a 4 UIT (USD 2,297 a 4,595): 495,090 afiliados, y d) más de 4 UIT: 10,384; así, los beneficiarios de hasta 4 UIT (USD 4,595) serían alrededor de 1'866,420 afiliados. Se advierte que los montos de hasta 1 UIT (USD 1,148) son los predominantes y el panorama de futuras pensiones adecuadas resulta inviable para los afiliados que retiren sus fondos aun así se abstengan de realizar dichos retiros, pues, sus montos acumulados son muy bajos. Se calcula que se inyectaría a la economía de las familias un monto de S/ 14,575 millones (USD 3,894 millones).

Lo que vino posterior a dicha discusión sobre la necesidad de los retiros de los fondos privados de pensiones, estuvo enlazada con el contexto de la aprobación de la vacancia contra Martín Alberto Vizcarra Cornejo, llevada cabo en la sesión virtual del Pleno del Congreso del 9 de noviembre de 2020, mediante Resolución del Congreso 001-2020-2021-CR (10/11/2020) que consagró dicha decisión; asumiendo como presidente efímero, Manuel Arturo Merino de Lama, del 10 de noviembre hasta el 15 de noviembre de 2020, quien ocupó dicho cargo con graves cuestionamientos y en un ambiente político caracterizado por un alto grado de represión a las protestas que se manifestaron inmediatamente por estos acontecimientos, originando el fallecimiento de manifestantes y el rechazo generalizado de la población. El 16 de noviembre de 2020, Francisco Rafael Sagasti Hochhausler, fue elegido presidente del Congreso de la República

del Perú y, por sucesión constitucional tras la renuncia de Manuel Arturo Merino de Lama, asumió la Presidencia de la República; igualmente, los conflictos no dejaron de cesar y explotó la lucha de contra la Ley N.º 27360 o Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario (que posteriormente fue derogada por la Ley N.º 31110 del 31 de diciembre del 2020), donde también existieron manifestantes muertos.

En este contexto muy convulsionado, se promulgó la Ley N.º 31068 (18/11/2020) o Ley que faculta el retiro de los fondos privados de pensiones en el contexto de la pandemia COVID-19, la cual señaló los siguientes montos y requisitos para retirar los fondos de pensiones:

- Retiro extraordinario de hasta 4 UIT (USD 4,595) del total de sus fondos acumulados en su CIC, para lo cual, el afiliado, que hasta el 31 de octubre de 2020, deberá no contar con acreditación de aportes previsionales a la CIC, por al menos doce (12) meses consecutivos.
- Retiro excepcional facultativo de hasta 1 UIT (USD 1,148), para lo cual, el afiliado, no deberá registrar aportes acreditados en el mes de octubre de 2020 y que no sean beneficiarios de lo establecido anteriormente.
- Retiro por salud extraordinario de hasta 4 UIT (USD 4,595) en un solo retiro de los fondos de las CIC, para lo cual, el afiliado que deberá estar o no aportando y padeciendo enfermedades oncológicas (enfermedades tumorales, vg. Cáncer de piel, Tiroides, Colon, Pulmón, Próstata, de Ovario.) diagnosticadas por una institución prestadora de servicios de salud (IPRESS), que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Salud (RENIPRESS) de la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) y que hayan registrado la autorización sanitaria para la práctica de la Unidad Productora de Servicios de Salud (UPSS) de oncología y/o hematología clínica, según corresponda.

La única exclusión de este beneficio, según art. 1, se hizo sólo a quienes califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo. Asimismo, en su art. 3, se señaló el carácter intangible de los retiros, pero realiza excepciones, indicando que no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% de lo retirado. Por otro lado, en su Primera Disposición Complementaria Final, establece que los afiliados deben solicitarlo en el plazo máximo de 90 días calendario de la vigencia del procedimiento operativo por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el cual fue publicado mediante Resolución SBS N.º 2979-2020, con fecha 28 de noviembre del 2020, la cual, en su Artículo Octavo dispuso la vigencia de dicha resolución a partir del 9 de diciembre de 2020, lo que indica que, las solicitudes se tendrían que realizar hasta 13 de marzo del 2021.

Durante este periodo, como advertimos, los problemas económicos ya agudizados, se ven expuesto a un conflicto político, donde se ventilan, ante la sociedad, los conflictos entre los representantes de las facciones burguesas, constituidos en el poder ejecutivo, y los partidos política pragmáticos y oportunistas atomizados, cuya línea política indefinida sólo los lleva a determinar sus acciones en función de caudillos, electorerismo o coyunturalismo; en esta pugna de intereses, la clase trabajadora en general, y los sectores de afiliados al SPP, no vieron modificada sustantivamente su situación, pues antes durante y después de la pandemia (con o sin vacancia), sus condiciones materiales de existencia precaria se mantuvieron intactas.

#### 4.5. Efectos a largo plazo de los retiros de los fondos de pensiones

En los países del tercer mundo, donde no existe Estado- Nación (ni en potencia ni perspectiva), condiciones materiales mínimas de desarrollo y progreso, bases económicas democráticas burguesas ni tampoco bases materiales que erijan procesos de industrialización del país; se generan condiciones para que exista un alto grado de desintegración social y desprotección social absoluta y precaria, lo que lleva consigo, a una visión cortoplacista fomentada a los afiliados del SPP y a la carencia de una política previsional nacional articulada. En nuestro país, esto se consolidó y expandió en la reestructuración del Estado burgués en la década de 1990 que dejó su sello impregnado en el fomento de un tipo de política previsional: Las AFP.

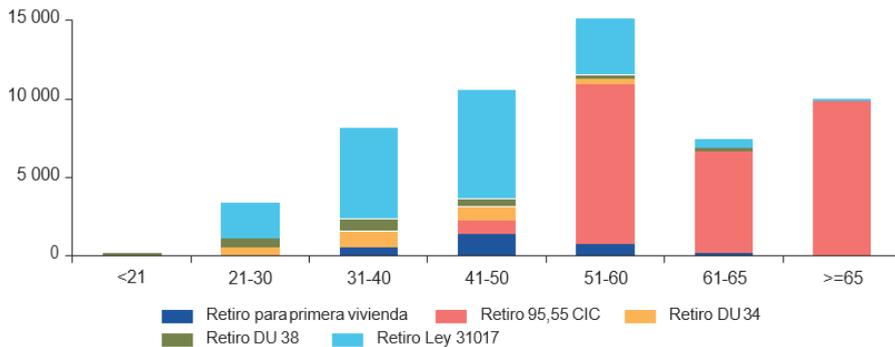
Este panorama ha sido agudizado por los diversos retiros de los fondos de pensiones, en el que los afiliados al SPP se han visto obligados por la necesidad a cubrir su situación de vulnerabilidad con sus propios ahorros previsionales, explicitando la real naturaleza del SPP, la cual, no sólo se desnaturaliza por la política pública sino que esta misma es la expresión de la desnaturalización desde su implementación, expansión y consolidación; en este panorama, los efectos de los conflictos estructurales de las AFP, a largo plazo, recaerán principalmente sobre la posibilidad de cumplir las futuras obligaciones previsionales y la economía nacional.

El Banco Central de Reserva del Perú (2020b) ha señalado que, a raíz de la crisis de la Covid-19, donde se aprobaron retiros de pensiones tanto por el Poder Ejecutivo (D.U. N.º 034-2020 y 038-2020) como el Poder Legislativo (Ley 31017), ha traído como resultado que para octubre del 2020, el valor de la cartera administrada por las AFP (S/ 154,307 millones o USD 41,229 millones) se redujera en S/ 20,658 millones (USD 5,519 millones) con respecto al cierre de 2019, dado los masivos rescates de las cuotas realizados por los afiliados. De ese flujo, un total de S/ 21,560 millones (USD 5,760 millones) corresponden a los retiros netos —rescates de cuotas menos aportes— (reducción de 12.3 % con relación al cierre de 2019), parcialmente compensados con un flujo positivo de S/ 901 millo-

nes (USD 240 millones) asociados a la rentabilidad del portafolio (0,5 % adicionales con respecto al cierre de 2019). Así, los afiliados de las AFP realizaron retiros por S/ 24 263 millones (USD 6,482 millones) de sus fondos de pensiones (3,2% del PBI) y para atender estos rescates, las AFP liquidaron inversiones en el exterior por S/ 10 mil millones (USD 2,671 millones), en bonos soberanos por S/ 8 mil millones (USD 2,137 millones) y en otras inversiones locales y contribuciones netas por S/ 6 mil millones (USD 1,603 millones) (p. 53).

Además, resulta fundamental analizar los grupos de afiliados agrupados en función de la edad a fin de evaluar qué grupo prevalece como sector vulnerable y las posibles medidas a futuro a dilucidar, para lo cual, tenemos el siguiente cuadro:

Cuadro 5  
Retiro de Fondos de Pensiones según modalidad y rango de edad  
(millones de S/.)



Fuente: SBS.

Como lo advierte el Banco Central de Reserva del Perú (2020b), los retiros del 95% se concentran en afiliados que se encuentran o están en los afiliados próximos a la edad de jubilación, asimismo, y relacionado específicamente al contexto de la pandemia, el retiro mediante Ley 31017 se concentra en el grupo etario de 30 a 50 años, quienes representan el 61% de los afiliados al SPP y que, debido a sus retiros realizados, perderán en valor presente hasta el 60% de sus fondos previsionales, y además, tendrán dificultades para volver a acumular fondos suficientes para obtener una pensión adecuada; este efecto es aún más severo para los 2,1 millones de afiliados que no registran fondo alguno en su CIC luego de realizar retiros durante el confinamiento social (marzo- junio). Estos afiliados se enfrentan a un riesgo elevado de caer en situación de pobreza en la etapa de vejez y perder el acceso a las coberturas de Essalud.

En dicha situación, debemos advertir que, si bien es cierto que con el retiro de los fondos acumulados de ciertos sectores de afiliados les será imposible acceder, en un futuro, a una pensión adecuada, también lo es, que, a pesar de no haberlo retirado, estos sectores tampoco hubieran recibido una pensión adecuada. Entonces, ante estas alternativas, se impone la necesidad inmediata del afiliado para afrontar su situación inmediata. Lógica que no es superada por el propio diseño del SPP que lo obliga a elegir una situación «óptima» de subsistencia.

La Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones (FIAP), donde, la Asociación de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones de nuestro país es socia plena, ha realizado un estudio, a través de Acuña *et al.* (2021), señalando que, el diseño de los retiros de fondos de pensiones en nuestro país, revela una falta de focalización en quienes más lo necesitan, un incentivo tributario a realizar retiros y una falta de claridad respecto de cómo se repondrán dichos fondos (aumento temporal de la tasa de cotización o aumento de la edad de jubilación, o una combinación de ambos). Asimismo, ha señalado otras causas, adicionales a las ya expuestas aquí, que consisten en:

- Valoración de la pensión como propiedad individual de los afiliados, donde, el 79% de los peruanos dieron su respaldo al proyecto de ley de retiro del 25% de los fondos.
- El principal activo vendido entre febrero y noviembre del 2020 fueron los bonos del gobierno con una diferencia de USD 2,124 millones, depósitos bancarios con USD.378, otros instrumentos de renta fija nacional con USD 290, bonos bancarios con USD 239 y depósitos a plazo del banco central con USD 26 millones. Por otra parte, la renta variable y la inversión extranjera vieron aumentos por USD 28 y USD 427 millones, respectivamente.
- Las compañías de seguro no realizarán un mayor aporte para compensar los montos retirados sino que estos disminuirán el monto de pensiones de invalidez y sobrevivencia, incrementando el riesgo para el sector asegurador por los bajos beneficios que se pagan.
- Reducción de los ahorros acumulados, de los números de trabajadores cubiertos y el incremento del gasto estatal en pensiones.
- Disminución de la tasa de ahorro, aumento del riesgo país (incertidumbre de los agentes financieros económicos ante las autorizaciones repetitivas del retiro de fondos de pensiones), incremento de la deuda pública (agudizado por el aumento del gasto y la falta de impuestos a los retiros), aumento de los impuestos (ante la necesidad de compensar el gasto público), desincentivo a la compra de activos financieros nacionales (por la falta de base sólida de inversionistas locales), aumento de la vulnerabilidad de la economía a eventos exógenos y menor inversión (reducción del nivel de capital de la economía y el crecimiento económico). Asimismo,

afectará la demanda por trabajo, el nivel de ingresos y de empleo, lo que, ante un eventual incremento de la tasa de cotización, es probable que bajen los incentivos en participar en el sistema formal de pensiones.

De esta forma, se constata que, los problemas estructurales del SPP nos revelan cada vez cómo resulta imposible la aplicación consecuente de ciertos principios democráticos mínimos, la participación del Estado para cubrir sus deficiencias y el carácter subordinado al capital financiero, aspectos que se agudizan conforme se vienen desarrollando el problema de los retiros de aportes, pues, las medidas apuntan a dos caminos inevitables: Subir la edad legal de jubilación o aumentar la tasa de cotización, ambas medidas que, inevitablemente, perjudicarán al afiliado pero que resultan inevitables dentro de la estructura deteriorada del SPP. El problema del SPP, al ser un sistema fomentado, nos señala claramente que su desnaturalización no empieza con el retiro de sus aportes o medidas similares, sino que, este sistema es la manifestación propia de la desnaturalización (o atraso u obstrucción) de la construcción de una seguridad social nacional.

Por otro lado, las consecuencias subjetivas en la conciencia del afiliado tales como el cortoplacismo al momento de no comprender la importancia del ahorro futuro para atender su situación de vulnerabilidad al llegar a la edad de jubilación o la prevalencia de las necesidades inmediatas por las futuras, se encuentran determinadas por las condiciones materiales a las que se expone en un país subdesarrollado, y por lo tanto, son el efecto inevitable de este; lo que en la estructura del SPP se ve reforzado y difundido. Expuesto así el problema subjetivo, se entiende por qué el problema estructural del SPP no pasa (como ellas suponen), absolutamente, por medidas propagandísticas para resolverlas (v.g. educación financiera del afiliado o que conozca dónde se invierte sus fondos) sino por la transformación de las estructuras económicas donde se erigen como instituciones sociales que las condicionan y subordinan en cuanto a la forma que desenvuelven sus políticas previsionales.

Las AFP, al implementarse, expandirse y consolidarse como sistema contradictorio y parasitario al SNP, ha generado un conflicto entre los sectores de afiliados al SPP y SNP, donde, lo primeros, influyen en su concepción individualista y atómica de la protección social en detrimento de los mecanismos (casi destruidos) que deberían ser el horizonte de la población en general. Esta influencia ideológica crea en la sociedad un producto específico de las AFP: El afiliado individualista y cortoplacista, fortaleciendo su figura hasta hacerla hegemónica. Así, se consolida una garantía individual en la posición del afiliado, quien evita o se mantiene al margen de la construcción de una seguridad social y del papel de los fondos invertidos en actividades productivas en nuestro país: Construcción de carreteras, centrales eléctricas, redes eléctricas y de internet, vivienda y toda la infraestructura que todo ello requiere.

Los efectos a largo plazo producto de las contradicciones provenientes de los retiros de los fondos de pensiones apuntan hacia la dirección de mantener intacto y reforzar el SPP, convirtiendo los aportes en el CIC en ahorros individuales forzosos con fines diversos y brindando mecanismos de solución- por parte de las AFP- que implican sobreextraer mayores cuotas de remuneraciones vía aportes (aumento de la edad de jubilación o de la tasa de cotización), lo que refleja el individualismo en las soluciones, caracterizada por estar desarticulada de una política previsional nacional y sólo incidir en la estructura técnica. Estas medidas no se detienen en las cargas individuales, sino que ahonda las diferencias intra e intergeneracional, como la diferencia abismal de los beneficios otorgados entre los afiliados a un SPP o el acceso de los afiliados a las prestaciones de salud sin que aportaran de forma regular. Desde esta perspectiva, el conflicto en la estructura de las AFP no se resuelve dentro de la relación dueños de las AFP-afiliados, sino que se agudiza sin una posible solución más que la de atomizar a los afiliados y alejarlos de los cambios que operen en la estructura económica en la que se asienta el sistema de seguridad social en pensiones.

En los países del Tercer mundo, al haberse agudizado el conflicto por la descentralización productiva, la división internacional del trabajo, la desvalorización de la fuerza de trabajo y el incremento del ejército industrial de reserva, se deja intacto y fortalece la evasión y elusión del pago de cotizaciones, donde el trabajador afiliado al SPP, se desentiende del proceso de vigilancia, participación y fiscalización no sólo por las condiciones materiales subdesarrolladas de existencia sino porque el diseño de las AFP los alejan de dicha actividad, y aún de poder hacerlo, se deforman dichos mecanismos o cargan únicamente al trabajador con los costos de dichos mecanismos. El Estado se presenta como una salvaguarda para atender dichas «fallas» a través de programas no contributivos o sociales, creando, artificialmente, su propio «sistema multipilar», el cual, no vendría a ser más que, un mecanismo para mantener la sobrevivencia de las AFP y la única forma de que este se mantenga intacto en países de tercer mundo como el nuestro. Así, la política previsional es deformada y entra en contradicción con cualquier proyecto de seguridad social que busque atender el desempleo, falta de vivienda, carencia de alimentación, etc.; por el contrario, la política previsional sólo atenúa los conflictos estructurales de las AFP y destina recursos públicos para atenderlos.

## 5. Conclusiones

El *tipo* de seguridad social implementada y fomentada, a través del SPP, por los organismos internacionales se enmarca dentro del contexto de reestructuración del Estado y el sistema económico, cuyos inicios fue a costa del SNP, para posteriormente, expandirse y consolidarse y constituirse en grupos de poder económico.

Los dueños de las AFP orientan los fondos de pensiones hacia actividades improductivas y especulativas desarticuladas del desarrollo económico nacional.

Además, el papel de los fondos de pensiones administradas por las AFP han cumplido dos funciones fundamentales: i) A nivel nacional, representan fuentes de ingresos permanentes para los grupos de poder económicos (grupo Romero, Grupo Brescia y Carlos Rodríguez- Pastor) que fueron constituyéndose y consolidándose, a través de sus actividades económicas (principalmente, bancarias), hasta la actualidad; y ii) A nivel internacional, han servido para el financiamiento de actividades especulativas financieras, sobre el que recae la forma principal de inversión que se ha mantenido de forma ininterrumpida. De ello se deriva el papel hegemónico del capital financiero internacional en la forma en cómo se invierten los fondos de pensiones, así como también, el papel del Estado peruano en erigirse como garante económico, estabilizador e impulsor de las AFP; aspectos han sido constatados más aún en la pandemia.

La inexistencia o existencia precaria de la protección social agudizadas por la implementación, expansión y consolidación de las AFP, se manifiestan con mayor crudeza en periodos de la pandemia y particularmente en el problema estructural de los retiros de los fondos de pensiones, donde los afiliados del SPP hacen prevalecer sus necesidades inmediatas ante la obtención de una pensión a futuro (la que tampoco está garantizada) por la creciente volatilidad y devaluación de sus fondos de pensiones, la situación precaria de su existencia, la necesidad de liquidez y la inseguridad del sistema financiero. En tal contexto, las AFP se muestran antagónicas ante las necesidades de los afiliados y hacen prevalecer sus intereses, además, a través del Estado (y sus instituciones) buscan atenuar los efectos de los retiros de los fondos de pensiones; panorama en el que las inversiones en el exterior quedan intactas y se refuerza y fomenta la figura del afiliados individualista y cortoplacista. Los efectos a largo plazo advierten que el grupo etario de 30 a 50 años obtendrá dificultades para acumular fondos suficientes para obtener una pensión adecuada y se enfrentan a un riesgo elevado de caer en situación de pobreza en la etapa de vejez y perder el acceso a prestaciones de salud, situación que se agudizará ante las propias medidas propuestas por las AFP (v.g. aumento de la tasa de cotización o de la edad de jubilación).

Conforme a dichos planteamiento, constatamos que, el papel del SPP en relación con la construcción de una seguridad social, se encuentra caracterizada por: i) No se adscriben como parte de un proyecto u objetivos nacionales vinculados a la industrialización del país, ii) No se vincula al fortalecimiento del capital productivo nacional ni de los sectores económicos estratégicos para el desarrollo económico. Ambos aspectos reflejan una política económica del subdesarrollo en los países de la periferia; asimismo, todo ello ha generado en el SPP lo siguiente: a) que el problema de otorgamiento de pensiones adecuadas, oportunas, suficientes y completas sea un tema subsidiario a tratar, b) imposibi-

lidad de participación democrática de los afiliados (activos e inactivos) y pensionistas, en la toma de decisiones sobre la política previsional, c) falta de financiamiento colectivo, d) Inviabilidad del SPP para ser parte integrante de un sistema de seguridad social nacional vinculado a la redistribución de la riqueza social y a la protección de diversos riesgos sociales como: Desempleo, falta de vivienda, subempleo, informalidad, carencia de alimentación, etc.. Se constata así, cómo resulta *irreconciliable* la forma privada de administrar los fondos de pensiones con las prestaciones sociales otorgadas a los afiliados (activos e inactivos) y pensionistas, lo que resulta un obstáculo para la construcción de una seguridad social genuina.

Por ello, las AFP, ante la posibilidad de construir una seguridad social nacional, adoptan un carácter *desintegrador*, porque insufla una visión cortoplacista, sin objetivos nacionales y sin perspectiva futura; *inmediatista*, porque se desenvuelve en función de la coyuntural y ante los cuestionamiento viral de los afiliados, orientando las posibles soluciones a una mera incidencia técnica; *subordinada*, ya que, los dueños de las AFP son verdaderos intermediarios del capital financiero internacional, financiando sus actividades bancarias e invirtiendo en áreas especulativas vinculadas a proyectos en el exterior; *instrumentalizador*, porque el Estado se convierte en un instrumento empleado para expandir su dominación, a través de su aquiescencia o accionar, garantizando la estabilidad social ante los conflictos sociales que impliquen cuestionamientos a sus intereses (v.g. vía MEF) y su protección económica (v.g. bonos de reconocimiento) ante la incapacidad para atender el impacto de las crisis económicas y políticas; y *parasitario*, porque surge como sistema contradictorio al SNP, emergiendo de las entrañas del SNP a través de traspasos de afiliados o su fomento, recurriendo, incluso, al SNP para atender a ciertos sectores de afiliados perjudicados que no consigan una pensión mínima.

La construcción de un sistema de seguridad social real comprenderá objetivos nacionales y la construcción de un Estado- Nación, privilegiando actividades productivas y el desarrollo económico nacional a través de la inversión de los fondos de pensiones en construcción de carreteras, centrales eléctricas, redes eléctricas y de internet, vivienda, etc., y toda la infraestructura que todo ello requiere como parte de transformaciones estructurales al servicio de la industrialización del país.

## 6. Bibliografía

ACUÑA, Rodrigo; Margozzini, Francisco; Tabilo, Manuel y Vidal, Rodrigo (2021) *Retiro de fondos: Desnaturalizando los Sistemas de Pensiones. Una mirada a los efectos de esta política pública*. Disponible en: [http://www.fiapinternacional.org/wp-content/uploads/2021/01/Retiro\\_de\\_Fondos\\_Desnaturalizando\\_los\\_sistemas\\_de\\_pensiones\\_FIAP\\_Ene\\_2021.pdf](http://www.fiapinternacional.org/wp-content/uploads/2021/01/Retiro_de_Fondos_Desnaturalizando_los_sistemas_de_pensiones_FIAP_Ene_2021.pdf) (Accedido: 1-3-2021)

- AFP Integra (2021) *Memoria Anual 2020*. Disponible en: [https://www.smv.gov.pe/ConsultasP8/temp/MEMORIA%20AFP%20INTEGRA%202020\\_.pdf](https://www.smv.gov.pe/ConsultasP8/temp/MEMORIA%20AFP%20INTEGRA%202020_.pdf) (Accedido: 17-3-2021)
- AFP Habitat (2020) *Memoria Anual 2019*. Chile. Disponible en: [http://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver\\_sgd.php?s567=48e16b1b3d6c76df2bcde6e08694660cVFdwQmVVMUVRVEJOUkVFelQxUkpkMDFuUFQwPQ==&secuencia=1](http://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=48e16b1b3d6c76df2bcde6e08694660cVFdwQmVVMUVRVEJOUkVFelQxUkpkMDFuUFQwPQ==&secuencia=1) (Accedido: 1-2-2021)
- AFP Habitat (2021) *Memoria Anual 2020 de AFP Habitat*. Perú. Disponible en: [https://www.smv.gov.pe/Frm\\_Memorias?data=520FE826006982B0E5EA28C44836DFD5D328C975B7](https://www.smv.gov.pe/Frm_Memorias?data=520FE826006982B0E5EA28C44836DFD5D328C975B7) (Accedido: 1-2-2021)
- Banco Central de Reserva del Perú (2020a) *Las operaciones repo del BCRP a las AFP no son créditos y protegen los fondos de los afiliados*. Disponible en: <https://www.bcrp.gov.pe/docs/Transparencia/Notas-Informativas/2020/nota-informativa-2020-06-01.pdf> (Accedido: 22-1-2021)
- Banco Central de Reserva del Perú (2020b) *Reporte de estabilidad financiera*. Recuperado el 15 de enero del 2021 de: <https://www.bcrp.gov.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Estabilidad-Financiera/2020/noviembre/ref-noviembre-2020.pdf> (Accedido: 15-1-2021)
- BOSCH, Mariano, CABALLERO, Gustavo y KELLER, Lukas (2020) *La libertad de elección en los sistemas de pensiones de ahorro individual: Lecciones de Perú*. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-libertad-de-eleccion-en-los-sistemas-de-pensiones-de-ahorro-individual-Lecciones-de-Peru.pdf> (Accedido: 3-3-2021)
- Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera (2020), *Dictamen recaído en el proyecto de Ley N.º 04856/2020-CR, 04954/2020-CR, 04992/2020-CR, 05244/2020-CR, 05323/2020-CR, 05376/2020-CR, 06066/2020-CR, 06093/2020-CR, 06172/2020-CR, 06175/2020-CR, 06214/2020-CR y 06231/2020-CR, Ley que faculta el retiro de los fondos privados de pensiones en el contexto de la pandemia Covid-19*. Disponible en: [https://leyes.congreso.gov.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/04856DC09MAY-20201022.pdf](https://leyes.congreso.gov.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04856DC09MAY-20201022.pdf). (Accedido: 10-1-2021)
- Congreso de la República (s.f.1) *Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N.º 034-2020*. Disponible en: <http://spij.minjus.gov.pe/Graficos/Peru/2020/Abril/01/EXPDU-034-2020.pdf> (Accedido: 14-3-2021)
- Congreso de la República (s.f.2) *Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N.º 038-2020*. Disponible en: <http://spij.minjus.gov.pe/Graficos/Peru/2020/Abril/14/EXPDU-038-2020.pdf> (Accedido: 14-3-2021)
- Congreso de la República (2020a) *Expediente Virtual de la ley que establece medidas para aliviar la economía familiar y dinamizar la economía nacional en el año 2020 o Ley N.º 31017*. Disponible en: [http://www2.congreso.gov.pe/sicr/tradocestprocl/Expvirt\\_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/04982?opendocument](http://www2.congreso.gov.pe/sicr/tradocestprocl/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/04982?opendocument) (Accedido: 10-1-2021)
- Congreso de la República (2020b) Sesión del Pleno de la primera legislatura para completar el periodo parlamentario 2016- 2021, periodo parlamentario 2016- 2021 (marzo 2020- julio 2020), en *Diario de los Debates*, 3ra. sesión, vespertina. Disponible en: <http://www.congreso.gov.pe/Docs/DGP/diariodebates/files/plo-2020-3.pdf> (Accedido: 27-2-2021)
- DURAND, Francisco (2020) *Dueños del País*. Disponible n: [https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=10157678131576312&cid=265279311311](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=10157678131576312&cid=265279311311) (Accedido: 20-3-2021)
- MONTORO, Carlos (1999): «Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas», *Revista Estudios Económicos*, 4, 57-78.

- ORÉ CHÁVEZ, Iván (2007) «El Sistema Privado de Pensiones (Libre Mercado o mercantilismo neocolonial)», en *Actas del VII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima- Perú: Editorial San Marcos, 474- 496.
- Prima AFP (2020) *Memoria Anual 2019*. Disponible en: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Anual%202019.pdf> (Accedido: 1-3-2021)
- Profuturo AFP (2020) *Memoria Anual 2019*. Disponible en: <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Profuturo%202019.pdf> (Accedido: 1-3-2021)
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge (1993) *Sistema Nacional de Pensiones del IPSS o AFP Administradoras de fondos Privados de Pensiones, Guía para adoptar una decisión*. Lima: Editor Jurídica Grijley E.I.R.L.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge (2008) *Derecho de la Seguridad Social*, 4ta ed., Lima: Editor Jurídica Grijley E.I.R.L.
- ROJAS, Jorge (2014) *El sistema Privado de Pensiones en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sindicato Único de Inspectores de Trabajo de la SUNAFIL (2020), *Inspectores de trabajo deberán revisar al menos 15,000 casos laborales*. Disponible en: <https://suitsunafil.org.pe/inspectores-de-trabajo-deberan-revisar-al-menos-15000-casos-laborales/> (Accedido: 14-3-2021)

# RESEÑA DE MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, OJEDA AVILÉS, ANTONIO, GUTIÉRREZ BENGOCHEA, MIGUEL: *REFORMA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS Y PLANES PRIVADOS DE PENSIONES*, EDICIONES LABORUM, 2021, 124 PÁGS.

MATTHIEU CHABANNES\*

Universidad Complutense de Madrid, España

En junio de 2020 José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social) y Guillermo Rodríguez Iniesta (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) publicaban *La pensión de jubilación* que constituye una revisión completa, rigurosa y crítica del régimen jurídico de la jubilación en todas sus modalidades<sup>1</sup>.

Un año después el profesor Monereo Pérez presenta sus últimas reflexiones sobre el tema con la publicación de una nueva monografía que se titula *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*. Para esta ocasión le acompañan otros dos grandes académicos con mucha autoridad en la materia como son Antonio Ojeda Avilés (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Sevilla; Profesor Honorario de la Universidad Internacional de Andalucía en Sevilla; Presidente de Honor de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social) y Miguel Gutiérrez Bengoechea (Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Málaga y Profesor Tutor de la UNED de Málaga).

<sup>1</sup> Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020. La monografía fue reseñada por Chabannes, M. en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n.º26, 2021, pág. 220-223.

\* **Correspondencia a:** Matthieu Chabannes. C/Embajadores, 91, 1 ext dcha, Madrid (Madrid), España. — [matthcha@ucm.es](mailto:matthcha@ucm.es) — <https://orcid.org/0000-0002-9295-923X>

**Cómo citar:** Chabannes, Matthieu. (2021). «Reseña de Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A., Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Ediciones Laborum, 2021, 124 págs.»; *Lan Harremanak*, 45, 308-312. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22758>).

Recibido: 26 abril, 2021; aceptado: 29 abril, 2021.

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



La obra se enmarca en dos Proyectos de Investigación Estatales sobre «Envejecimiento activo y Vida Laboral: Trabajadores Maduros y Pensiones Productivos» de la Universidad de Granada y «Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones ¿Sostenibilidad versus suficiencia?» de la Universidad de Málaga.

El libro se estructura en seis capítulos que se completan con una relación de la bibliografía consultada.

El primer capítulo parte de una reflexión sobre la importancia de que cualquier reforma en materia de pensiones debe acometerse respetando los artículos 41 y 50 de la Constitución Española. En este sentido, el factor de sostenibilidad establecido en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, además de marcar una ruptura sin precedentes en el diálogo social, supuso una disminución de la cuantía de las prestaciones alejándose de los principios constitucionales de mantener y garantizar unas pensiones públicas adecuadas y suficientes. Ello no infringiría solamente nuestro marco constitucional, sino que también sería contrario a lo establecido en la Carta Social Europa, el Código Europeo de la Seguridad Social o el Convenio n.º102 de la OIT. Los autores recuerdan que nuestra Constitución obliga a los poderes públicos a mantener un sistema público de pensiones y para ello proponen la articulación de una política estatal no tanto centrada en reducir el gasto como en incrementar los ingresos buscando nuevas fuentes de financiación a través por ejemplo de un incremento selectivo de cotizaciones sociales y/o de impuestos.

El segundo capítulo comienza resaltando la idea de que, a pesar de no tener competencias sustantivas en materia de Seguridad Social, las instituciones políticas de la Unión Europea a través de la técnica de *Soft Law* han conseguido imponer las políticas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La constitución social de los países miembros se subordina a la constitución económica de la UE. Para ilustrar esta idea, los autores se apoyan en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: reformas en el ámbito laboral y de pensiones que nuestro gobierno ha enviado a Bruselas y en las condiciones exigidas por las instituciones europeas a cambio de recibir los fondos europeos de recuperación de las consecuencias del COVID-19. Los autores critican la adopción de medidas que supongan una reducción del nivel de protección de las pensiones públicas para así facilitar la expansión de los planes privados de pensiones. Se insiste en la utilidad complementaria de los sistemas privados de ahorro, pero en ningún caso estos deben ser sustitutivos de los sistemas públicos.

El tercer capítulo confronta los problemas estructurales de los sistemas de pensiones en relación con el contexto actual marcado por la crisis socioeconómica derivada de la Pandemia COVID-19. Desde una perspectiva a nivel comunitario, los autores resaltan como aprendiendo del fracaso de la experiencia pasada con políticas restrictivas del gasto para hacer frente a la crisis económica de 2008, la Unión Europea ha dado un giro de 180 grados, apos-

tando esta vez por una política de expansión del gasto público con la creación de fondos europeos para salir de la crisis y mitigar los daños sociales y económicos causados por la pandemia. Una respuesta acertada en tanto en cuanto muestra un equilibrio entre economía y justicia social evitando así que «las libertades económicas prevalearan sobre los derechos sociales fundamentales». En este sentido, se plantea la necesidad de «replantearse seriamente algunos de los enfoques, análisis y propuestas que se perciben en el Libro Verde de 2010 y en el Libro Blanco de 2012 de la Comisión Europea». Dentro del modelo multipilar con tres niveles, la Unión apuesta fundamentalmente por los sistemas privados individuales como demuestra la iniciativa comunitaria a través del Reglamento de la UE de 2019 relativo a un Producto Paneuropeo de Pensiones Individuales. Sin embargo, se recuerda de nuevo como las épocas de crisis han puesto de manifiesto «la fragilidad de estos instrumentos de previsión privada para garantizar el mantenimiento de la rentabilidad de los derechos consolidados y la continuidad de aportaciones y contribuciones económicas de los promotores, partícipes y beneficiarios». La última parte del capítulo hace referencia a la última Ley de Presupuestos Generales del Estado y concretamente a las modificaciones introducidas para los beneficios fiscales concedidos en el momento de contratar un plan de pensiones de empleo, cumpliendo en parte las líneas marcadas por Bruselas.

Las páginas que conforman el cuarto capítulo están dedicadas al estudio del segundo pilar del modelo multipilar de pensiones que estaría conformado por los planes de empleo muy arraigados en los países nórdicos como Suecia o Dinamarca. Concretamente los autores se centran en el modelo desarrollado por el Reino de los Países Bajos que en numerosos estudios ha sido calificado como uno de los mejores del mundo. Después de presentar su estructura y funcionamiento, los autores resaltan algunos de los problemas que plantea el modelo como la obligatoriedad de sus planes que ha sido denunciada en varias ocasiones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; o el papel desempeñado por cada una de las partes suscritas en su gestión, etc.

El quinto capítulo se centra en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 y en las importantes modificaciones que su aprobación ha supuesto para la fiscalidad de los planes de pensiones individuales y particularmente para los planes de empleo. A pesar del intento por parte del legislador de adoptar medidas para fomentar y desarrollar estos planes de pensiones de empleo entre el tejido empresarial español, el mercado laboral y financiero debilitados por la crisis derivada de la Pandemia COVID-19 hace difícil que las empresas, sobre todo las pequeñas y medianas puedan realizar aportaciones a planes de pensiones para sus empleados. En cualquier caso, a través de las 27 páginas que conforman el capítulo, el lector podrá adentrarse en el complejo régimen jurídico-tributario de los planes de pensiones.

La obra concluye con un sexto capítulo que nos brinda de forma muy acertada unas reflexiones y propuestas en torno al futuro del sistema público de pensiones y la protección social complementaria. Tanto la crisis económica del 2008 como la actual por el COVID-19, demuestran como los sistemas de pensiones públicos de reparto garantizan con mayor seguridad jurídica y económica la vejez de las personas. Ciertamente es que ante los desafíos a los que tanto el sistema público como el privado se enfrentan, ambos necesitan ser reformados permanentemente con el fin de adaptarse a las nuevas realidades sociales y económicas. No obstante, no parece acertado aprovechar el contexto de presiones sobre los sistemas públicos de pensiones y sus imperfecciones para reducir la cuantía de sus prestaciones y que sea el sistema privado el que garantice unas pensiones adecuadas y suficientes. Los planes privados no deberían desarrollarse a costa del sistema público. Sin lugar a duda, con reformas correctamente planteadas, el sistema público es lo suficientemente sólido para hacer frente a los desafíos de las próximas décadas. Nuestro sistema ha sabido adaptarse durante más de medio siglo y no hay previsión seria para pensar que no pueda seguir haciéndolo con éxito. Cualquier proceso de reforma debe cumplir el compromiso constitucional de garantizar un sistema público que proporcione unas pensiones económicamente adecuadas y suficientes, y complementado de forma libre y voluntaria por otro de carácter privado. Tampoco puede negarse «la utilidad complementaria de los sistemas de capitalización como instrumento válido para aliviar la presión sobre las finanzas públicas» pero «debe seguir siendo un mecanismo complementario de carácter voluntario, nunca sustitutivo del sistema prestacional público». En cualquier caso, la responsabilidad de garantizar las pensiones públicas recae sobre los poderes públicos que tienen los recursos y las herramientas para asegurar una pensión digna. Como resaltan los autores en más de una ocasión, al final es política económica, política social, es decir, son decisiones políticas. En este sentido, se plantea la posibilidad de que el nivel contributivo reciba aportaciones complementarias con cargo a presupuestos generales del Estado o que las fuentes de financiación se refuercen mediante «técnicas de destope, cotización por ingresos reales de los trabajadores autónomos, aumentos de cotización por expulsión de personal a través de su sustitución por sistemas automatizados o robótica, prohibición sistemática de la reducción de cotizaciones sociales para llevar a cabo políticas de empleo o facilitar las reestructuraciones empresariales».

Entre las muchas propuestas de reformas y medidas que los autores proponen para los planes privados de pensiones, se puede resaltar las siguientes: garantizar una mayor universalización en la cobertura de los planes de pensiones; priorizar los planes de pensiones de empleo frente a otros mecanismos de previsión privados; el aseguramiento obligatorio de las prestaciones complementarias o la creación de un Fondo de Garantía como medida protectora de los intereses de los partícipes; potenciar los planes de pensiones del sistema de empleo a través de la negociación colectiva; y reducir las comisiones de gestión de los fondos de pensiones.

En definitiva, esta nueva monografía de José Luis Monereo Pérez junto con Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Bengoechea constituye un brillante estudio jurídico-crítico de la reforma de las pensiones públicas y de los planes privados de pensiones condicionada por los desafíos que plantean los cambios socioeconómicos que venimos asistiendo. Las muchas propuestas de reforma que en alguna ocasión puedan parecer parcialmente discordantes entre los académicos, reflejan la dificultad que entraña el tema. Sea como fuere, esta pluralidad de planteamientos demuestra que es posible encontrar vías de reformas para encontrar un equilibrio entre el sistema público sólido y las pensiones privadas complementarias. Por último, no podríamos terminar esta reseña sin resaltar la precisión y claridad expositiva de los autores que permite una mayor comprensión de un tema tan complejo como es el de la reforma del sistema de pensiones.

## RESEÑA KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY, *EL IMPACTO DE LA INDUSTRIA 4.0 EN EL TRABAJO: UNA VISIÓN INTERDISCIPLINAR*, ARANZADI THOMSON REUTERS, PAMPLONA, 2020. 423 PP.

PELAYO JARDÓN PARDO DE SANTAYANA\*

UNED, España

Ha sido publicada recientemente por Aranzadi Thomson Reuters esta obra, que versa sobre la repercusión que tiene lo que se conoce como Industria 4.0 o cuarta revolución industrial en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata de un proyecto de investigación 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 2019) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia. La obra ha sido dirigida por Djamil Tony Kahale Carrillo, profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena (UPTC). De carácter eminentemente interdisciplinar, aúna los distintos puntos de vista de trece expertos de distintas universidades españolas, con textos sólidamente estructurados, que proporcionan información básica sobre las distintas materias, pero también específica, tanto científico-doctrinal como, en su caso, jurisprudencial; lo cual los hace tan accesibles al neófito como interesantes para el iniciado.

Cuenta con un prólogo del catedrático y magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Sempere Navarro, quien, amén de trazar una síntesis introductoria sobre las aportaciones de cada uno de los autores, esboza atinadas reflexiones sobre aspectos tales como las consecuencias sociolaborales de las medidas sanitarias de contención de la COVID-19, la ordenación del tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión digital fuera del ámbito laboral.

\* **Correspondencia a:** Pelayo Jardón Pardo de Santayana. Santa Rosa, 10, 1.D, San Lorenzo del Escorial, Madrid, España. — mikel.pelayojardon@gmail.com — <https://orcid.org/0000-0002-8235-8510>

**Cómo citar:** Jardón Pardo de Santayana, Pelayo. (2021). «Reseña Kahale Carrillo, D.T. (Dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020. 423 pp.»; *Lan Harremanak*, 45, 313-330. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22770>).

Recibido: 01 mayo, 2021; aceptado: 03 mayo, 2021.

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



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

En el primer capítulo, Ángel Arias Domínguez diserta sobre la adecuación de las instituciones jurídico laborales a la globalización, el uso de robots y el teletrabajo. A este respecto, analiza las ventajas, pero también los problemas clave y los retos que plantea el teletrabajo: especialmente, la necesidad de que el Derecho, so pena de caer en el abismo de la obsolescencia, afronte la crisis de la empresa centralizada tradicional y adapte —no sólo cosméticamente— su regulación a tales realidades. Además, examina desde un punto de vista jurisprudencial el problema de la sustitución de puestos de trabajo por programas informáticos.

A cargo de Francisco González Díaz, el segundo capítulo está dedicado al uso de los sistemas de videovigilancia en el contexto de la relación laboral, así como a la incidencia que, en los derechos de los trabajadores, tiene la consideración de las grabaciones de imágenes y sonidos como datos de carácter personal protegidos. El autor va desgranando los diferentes aspectos de la cuestión: las medidas de protección de datos contenidas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; en el 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; el control de la videovigilancia y grabación de sonidos en el Estatuto de los Trabajadores; y, en fin, el Dictamen 4/2004 referente al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara del grupo del artículo 29 de la Agencia Española de Protección de Datos. Partiendo de tales presupuestos, y tras analizar la legitimidad del empresario para el tratamiento de datos obtenidos a través de sistemas de videovigilancia, de acuerdo con los fines perseguidos y el principio de proporcionalidad, Francisco González Díaz hace un pormenorizado repaso de la jurisprudencia sobre el tema emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

María Elisa Cuadros Garrido aborda, en tercer lugar, el problema de los trabajos precarios y de los falsos autónomos dentro del área de prestación de servicios mediante plataformas digitales. El estudio se centra concretamente en las plataformas digitales directas de servicios, cuya relación jurídica con los trabajadores se considera desde la Directiva n.º 2019/1152 del Parlamento y del Consejo como respuesta normativa comunitaria al contrato de trabajo atípico. Tras examinar resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de algunos países, como Francia, Reino Unido o Alemania; y, en lo tocante a la situación española, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo referidas a plataformas como Glovo o Deliveroo, la autora concluye en la necesidad de otorgar un estatus adecuado a ese colectivo de trabajadores.

Belén Fernández Collados examina seguidamente la adecuación de la negociación colectiva a las condiciones impuestas por la Industria 4.0 y ello en lo que respecta a tres aspectos de la relación laboral. De un lado, la influencia de la digitaliza-

ción industrial en el acceso al empleo y las aspiraciones de promoción al trabajo. Por otra parte, en lo atinente a los cambios en la organización del trabajo, esto es: en el sistema de producción; en la necesidad de una correcta utilización por parte del trabajador de las nuevas tecnologías; en el control y seguimiento de la prestación de servicios; y en la actividad sindical. Tras ello, pasa a enjuiciar la repercusión de la Industria 4.0 en la salud de los trabajadores y en la prevención de riesgos laborales.

Djamil Kahale evalúa en el quinto capítulo la repercusión de los adelantos tecnológicos en el derecho a la huelga en España, y particularmente en lo que se refiere a la sustitución de la fuerza productiva de los huelguistas por la robótica y la inteligencia artificial. Amén de señalar las posibles fricciones de esta cuestión con la libertad de empresa, Kahale traza una visión panorámica de las distintas posiciones doctrinales y de las coincidencias y divergencias de criterios entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Fulgencio Pagán consagra el sexto capítulo al control que se puede realizar sobre la persona del trabajador por medio de instrumentos biométricos, los cuales permiten su identificación a través de fenómenos o procesos biológicos como las huellas dactilares, las líneas de las manos, el iris, la retina, el ADN, los rasgos faciales o incluso la forma de andar o hablar y la firma. A la descripción de estos medios, Pagán añade referencias normativas de la Constitución Española, del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Orgánica 3/2018, así como de algunos precedentes jurisprudenciales.

Por su parte, Carmen Sánchez Trigueros reflexiona sobre el problema de la hiperconectividad laboral y los riesgos que la merma del derecho a la desconexión digital puede ocasionar. En especial, focaliza su atención en el artículo 88 de la ya citada Ley Orgánica 3/2018, precepto tan loable en su intención como insuficiente en su contenido, debido a su carácter de mera declaración programática, pendiente, por ello, de revisión y complemento. En esta dirección, la autora profundiza en el derecho a la intimidad personal y familiar; y también en la importancia que, mor de tales carencias normativas, cumple tanto el empleador como la negociación colectiva al definir los caracteres, límites y garantías del derecho a la desconexión digital.

En el capítulo octavo, Carolina San Martín examina la falta de claridad de la que a menudo adolecen las lindes que separan el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, un problema de por sí complejo, agudizado por las recientes modificaciones normativas. Tras glosar los artículos 87 y 88 de la LOPD, la autora propone algunas soluciones, como la creación de protocolos empresariales internos para la desconexión o la adaptación del tiempo de trabajo a las responsabilidades familiares, en lo que se ha dado en llamar «jornada a la carta». Reflexiona además acerca de la mayor vulnerabilidad femenina en lo tocante al derecho al descanso, debido a la asunción por parte de la mujer de las tareas domésticas; y del consiguiente imperativo de propiciar modelos más igualitarios de corresponsabilidad familiar.

En otro orden de cosas, José María Ríos Mestre considera el tema de la admisibilidad y valoración de la prueba en el procedimiento laboral mediante instrumentos electrónicos, como los sistemas de grabaciones de voz, de videovigilancia y los dispositivos GPS. Desgrana de igual modo la normativa aplicable a los datos almacenados en soporte digital, como el correo electrónico y los sistemas de mensajería instantánea.

Richard Mababu destaca en el capítulo décimo la importancia que tiene la adquisición por parte del trabajador de las competencias necesarias para el uso de las nuevas tecnologías. A este respecto, señala la interacción experimental y, sobre todo, la formación como vías principales para dotar a las personas de esas herramientas exigidas en sus puestos de trabajo. Tras ponderar las distintas dimensiones que han de ser tenidas en cuenta para optimizar el desarrollo formativo y los principales grupos de competencias claves para el emprendimiento, corona su estudio con una serie de recomendaciones deducidas de los datos obtenidos de una encuesta realizada a más de trescientos directivos de empresa.

Manuel Hernández Pedreño, por su parte, utiliza como perspectiva de estudio las áreas sociales del conocimiento (Economía, Derecho, Educación, Sociología, Psicología); y ello a través de la revisión de las principales investigaciones realizadas acerca de la Industria 4.0, localizadas en el portal de Dialnet. El autor expone un análisis formal y un análisis de contenido de cincuenta y ocho artículos publicados en la última década, que acompaña de tablas, las cuales ayudan a formarse una visión de conjunto sobre la materia.

En el capítulo duodécimo, Pedro Ruiz considera el potencial transformador de la tecnología en lo que atañe a cuestiones diversas, como la generación de riqueza, la eficiencia energética y las emisiones contaminantes o las ventajas e inconvenientes de su regulación. Aborda igualmente la trascendencia que tendrá la Industria 4.0 en el futuro de las profesiones, el riesgo de automatización de algunas de ellas y las más que probables necesidades de reciclaje y recualificación de muchos trabajadores. Con base en estas premisas, aventura el futuro de las profesiones que tendrán una mayor demanda, así como la adaptación que habrá de operarse en los programas universitarios para adaptarlos a las necesidades formativas de los estudiantes.

Finalmente, Olga García Luque estudia el proceso de digitalización de la economía española desde el prisma de la difusión de la tecnología digital entre las empresas. Tras señalar las dificultades relativas a la medición de la economía digital, compara el proceso de transformación digital en España con el de otros países, a partir de diversos indicadores, como las inversiones en investigación y desarrollo, el registro de patentes relacionadas con la inteligencia artificial, el número de tarjetas SIM para la comunicación entre máquinas (M2M) o la difusión del comercio electrónico. En el entendimiento de que favorece la productividad y, por ende, la competitividad, la autora encarece la necesidad de

aprovechar este proceso de digitalización en beneficio de la industria y la economía españolas, si bien alerta de determinados riesgos inherentes a tales cambios, como los problemas de seguridad digital, la desigualdad en el uso de internet o la automatización del trabajo.

Recapitulando, la obra que nos presenta el profesor Kahale, con el apoyo del elenco de profesores que lo acompaña, constituye un libro de obligada consulta para todas aquellas personas que quieran adentrarse desde un punto de vista interdisciplinar en el mundo de la cuarta revolución industrial.

## **Egin-asmo ditugun aztergaiak**

46. zk. XXI. mendeko Ongizate Estatua

47. zk.

## 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 birsorte 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, Eskubide 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
- 45. zbk.: Langileen estatutua: aldaketa aukerak

## **Próximos temas previstos**

N.º 46: Estado de Bienestar del siglo XXI

N.º 47:

## 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: La 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
- N.º 45: Estatuto de los Trabajadores: Perspectivas de cambio

## 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](https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/information/authors)

### Estiloari buruzko oinarritzko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideia bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larriz idatziko dira eta horien arteko banaketarako ez da punturik erabiliko (EEBB, EE.BB.-ren orde; CCOO, CC.OO.-ren orde; LANE, L.A.N.E.-ren orde).

Kakotxen arteko hizki etzanak hitzez hitzeko adierazpen eta esaldietarako bakarrik erabiliko dira.

Aipamen luzeak, bi lerro baino gehiagokoak arau orokor gisa, kakotxik gabe egongo dira, hizki zuzenean eta testu normala baino gorputz bat baxuago. Goian eta behean bazterrekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburuen izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzetarako, edota hitz edo adierazpenen bat nabarmentzeko erabiliko dira.

Hizki zuzenean eta kakotxen artean, ohiko hizkuntzaren arabera (hitzaren hitzez hitzeko esanahiarekiko aldea adierazteko).

Taulak, laukiak eta irudiak hurrenkerara jarraituz zenbakituko dira, arabiar zenbakiak erabiliz. Idazpuru labur bat izango dute eta testuan haiei aipu egingo zaie (1 taula, 1 laukia, 1 irudia, etab.).

#### Erreferentzia bibliografikoarentzat formatua

Testuan sartutako erreferentzia bibliografikoak bi eratan aurkeztuko dira, testuinguruaren eta paragrafoaren idazkeraren arabera:

- a) Autorearen izena parentesi artean, urtea eta orrialdearen zenbakia, adibidez, (White, 1987: 43) edo (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Autorearen izena, eta parentesi artean, urtea, adibidez, White (1987) edo Guerin *et al.* (1992).

Erreferentzia bibliografikoak alfabeto hurrenkeraren arabera sartuko dira lanaren amaieran, eta kronologikoki egile beraren lan bat baino gehiago dagoenean. Aldizkarien izenak eta liburuen izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearren, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikulua: Arnull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Liburuak: Villoria, Manuel eta Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madril, Tecnos
- Liburuetao kapituluak: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», Ordóñez, Miguel (arg.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Bartzelona, Gestió 2000, 343-357.

## Normas para la entrega de artículos

### Condiciones generales

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](https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/about/submissions#authorGuidelines)