

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

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

Miguel Basterra Hernández

Profesor Ayudante Doctor

Depto. Derecho del Trabajo y de la S.S.

Universidad de Alicante (España)

ÍNDICE

Miguel Bastera Hernández, *Introducción al número por parte del Coordinador*..... **1**

Artículos

David Montoya Medina, *Aspectos instrumentales y metodológicos de la investigación universitaria del Derecho del Trabajo*..... **6**

Carolina Blasco Jover, *Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)*..... **29**

Eduardo Taléns Visconti, *Vídeo-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros*..... **57**

Patricia Nieto Rojas, *Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada*..... **86**

Francisco Ramos Moragues, *La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales*..... **106**

Miguel Ángel Gómez Salado, *Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar*..... **139**

Raquel Poquet Catalá, *Inexistencia de evaluación de riesgos específica de los puestos de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia y discriminación por razón de sexo*..... **171**

María Luisa Jiménez Rodrigo, *El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea*..... **196**

Reseñas Bibliográficas

Emmanuel López Pérez, *Equidad de género y protección social, por Gabriela Mendiábal Bermúdez (coord.). Una reseña*..... **229**

Introducción al número por parte del Coordinador

Este número 3 (volumen 6) de 2018 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, que he tenido el placer de coordinar en estos meses y ahora presento con plena convicción en el trabajo realizado por los colaboradores, encarna a la perfección los ambiciosos propósitos perseguidos por esta publicación. En efecto, allá en el año 2012, la asociación ADAPT y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM daban a luz esta revista con el firme objetivo de ofrecer a la comunidad académica internacional un espacio abierto (y con el máximo grado de difusión) para el debate y análisis del fenómeno de las relaciones de trabajo desde las distintas disciplinas que se ocupan de su estudio. Y es precisamente esto es lo que encontrará el lector en el presente número de la revista: un buen conjunto de trabajos científicos, de la máxima calidad, que enfocan, sobre todo desde un punto de vista jurídico, algunos de los principales retos e interrogantes que se ciernen a día de hoy sobre el mundo del trabajo.

Así, no podría ser más oportuno el magnífico artículo con el que arranca este número de la revista, que lleva por título “Aspectos instrumentales y metodológicos de la investigación universitaria del Derecho del Trabajo” y corre a cargo del Profesor David Montoya Medina (de la Universidad de Alicante). Y es que el autor realiza un interesante examen sobre la investigación científica en el seno de la universidad. El profesor Montoya Medina aborda, en una primera parte del texto, la siempre recurrente cuestión del sentido, esencia y finalidad de la investigación universitaria. Y, en segundo lugar, centra su análisis en cuáles son los elementos esenciales de calidad para la investigación jurídica en general y para la investigación en Derecho del Trabajo en particular y cuáles deben ser los instrumentos metodológicos adecuados para dicha investigación. De este modo, parece

como se ha dicho, de la máxima pertinencia comenzar la lectura de este número de la revista a partir de las reflexiones del Profesor Montoya Medina.

A continuación, encontraremos dos artículos que coinciden de forma tangencial en el análisis de una de las cuestiones que más debate generan en la actualidad en el seno del *iuslaboralismo*: los límites al control de la actividad de los trabajadores, en el marco del poder de dirección del empresario, a través de los medios tecnológicos actuales. Así, en primer lugar, la Profesora Carolina Blasco Jover (de la Universidad de Alicante) bautiza su trabajo con el sugerente título de “Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)”. El artículo, con impecable factura, plantea una visión de conjunto del dilema entre el derecho a la intimidad del trabajador y la vigilancia que realiza el empresario a través de los medios tecnológicos modernos. Y, así, la profesora Blasco Jover aborda, por un lado, la monitorización empresarial de los medios informáticos puestos a disposición del empleado (correo electrónico, aplicaciones de mensajería móvil, etc.) y, por otro, el control del trabajador a través de los sistemas de video-vigilancia; todo ello a la luz, por supuesto, de la jurisprudencia más reciente.

Y, a continuación, el Profesor Eduardo Taléns Visconti (de la Universidad de Valencia) lleva a cabo un análisis en profundidad de este último aspecto, el relativo a la vigilancia del trabajador a través de los dispositivos de grabación de imágenes. El artículo examina con gran rigor y sistematicidad, el controvertido y, hasta cierto punto, inseguro panorama jurisprudencial en relación a la video-vigilancia en el ámbito laboral; lo que ya nos anuncia el autor desde un principio con el acertado título de este trabajo: “Videovigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros”. Y, una vez desgranado el contenido de estos pronunciamientos jurisprudenciales, el profesor Taléns Visconti extrae con acierto las pertinentes conclusiones sobre este particular. De este modo, la lectura de estos dos artículos ofrece la posibilidad de enfocar esta cuestión desde la óptica contrastada y complementaria de dos consagrados investigadores, como son la Doctora Blasco Jover y el Doctor Taléns Visconti.

El siguiente artículo de este número lo firma la Profesora Patricia Nieto Rojas (de la Universidad Carlos III de Madrid) bajo el título de “Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada”. Desde luego, no cabe ninguna duda de que la empleabilidad de los jóvenes representa uno de los retos más acuciantes que enfrenta la Unión

Europea. Y, como se sabe, ello se tradujo en una Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, que obligaba a los estados miembros a proporcionar a sus jóvenes una oportunidad laboral o educativa tras quedar desempleado o dejar la educación formal; que, a su vez, dio lugar a los llamados sistemas de Garantía Juvenil. Así, queda más que justificado el gran interés de este artículo, en el que la autora analiza con ahínco la situación socio-jurídica que subyace tras esta medida (encarnada en la figura de los ya tristemente célebres “ninis”) y cuáles han sido los verdaderos avances logrados en España tras su implementación.

El Profesor Francisco Ramos Moragues (de la Universidad de Valencia) titula su artículo doctrinal, de forma didáctica, como “La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales”. En efecto, como se sabe, en los últimos años se ha generalizado la recuperación por parte de las administraciones públicas de los distintos servicios que, previamente, habían externalizado, lo cual plantea importantes problemas jurídicos en relación a los trabajadores afectados. Tal y como se plantea en el artículo del profesor Ramos Moragues, la cuestión principal aquí es la de aplicar en estos casos, o no, el régimen jurídico general de la transmisión de empresa. Pues bien, el texto ahonda en las variadas interrogantes que se abren en este terreno y ofrece las pertinentes soluciones interpretativas, haciendo siempre gala de una gran capacidad de análisis y el máximo rigor científico-jurídico.

De innegable actualidad es, también, el tema abordado por Miguel Ángel Gómez Salado (de la Universidad de Málaga) en su artículo “Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”. Y es que, sin ninguna duda, la llamada revolución robótica, que cada vez es más presente que futuro, compromete gravemente las cotizaciones de las que se nutre el estado del bienestar. Por ello, el autor plantea en su estudio posibles vías para que las empresas ingresasen al sistema una suerte de “cotizaciones” por cada robot utilizado en el proceso productivo, entre las que destacaría la creación de una personalidad jurídica específica para estas máquinas. Ello, a juicio de Miguel Ángel Gómez Salado, resolvería de un modo razonable la complicada situación financiera que atraviesan nuestros sistemas de Seguridad Social y neutralizaría algunos de los efectos adversos que provoca la automatización del proceso productivo en el mercado de trabajo, ya que las empresas revertirían al conjunto de la sociedad parte de los beneficios obtenidos mediante el recurso a estos autómatas.

Por su parte, el artículo de la Profesora Raquel Poquet Catalá (de la Universidad Internacional de la Rioja) trata un asunto de notable trascendencia tanto práctica como retórica, cuyo título identifica a la

perfección: “Inexistencia de evaluación de riesgos específica de los puestos de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia y discriminación por razón de sexo”. Y, así, en este artículo, la autora dilucida si concurre, o no, discriminación por razón de sexo en materia de prevención de riesgos laborales cuando no se realiza una evaluación de riesgos específica para el puesto de trabajadoras en período de lactancia, por incumplimiento del empresario de las obligaciones de seguridad y salud laboral impuestas por el art. 26 LPRL, y a la trabajadora se le deniega la aplicación de las medidas preventivas previstas en el citado artículo de la LPRL. Y es que, en efecto, no puede tratarse del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato particular en este terreno.

Y, por último, de nuevo en torno a la discriminación en el mundo del trabajo, el lector encontrará el artículo de la Profesora María Luisa Jiménez Rodrigo (del Departamento de Sociología de la Universidad de Sevilla) titulado “El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea”. En él, la autora revisa el conjunto de políticas de la Unión Europea que comparten el objetivo común de neutralizar la discriminación en el empleo por parte de todos los actores implicados: gobiernos, sindicatos, empresarios y ONGs. Y, a raíz de las medidas examinadas, la profesora Jiménez Rodrigo identifica, con gran precisión y profundidad, cuáles son, a su juicio, los puntos clave para abordar la discriminación múltiple en el empleo: la focalización de las acciones en colectivos que acumulan múltiples desventajas, la atención a problemas interseccionales, la colaboración institucional y entre los distintos agentes de las relaciones laborales y la participación de la sociedad civil.

Este número de la revista también incluye una interesante reseña bibliográfica a cargo de Emmanuel López Pérez (de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México) sobre el título “Equidad de género y protección social” (coordinado, a su vez, por Gabriela Mendizábal Bermúdez), en la que el autor da cuenta de las características y virtudes de la obra.

Pues bien, como ha tenido ocasión de comprobarse en esta breve presentación, el número 3 (volumen 6) de 2018 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo* recoge un total de ocho artículos doctrinales y una reseña bibliográfica. Su variada temática da cabida a algunos de los asuntos que, en la actualidad, mayor debate e interés suscitan entre la comunidad académica dedicada del estudio de las relaciones de trabajo. Todo ello, sumado a la solvencia científica de los

autores, me lleva invitar con toda vehemencia al lector a sumergirse en estos trabajos, que confío en que satisfarán sobradamente sus expectativas.

Miguel Basterra Hernández

Profesor Ayudante Doctor, Depto. Derecho del Trabajo y de la S.S.
Universidad de Alicante (España)

Aspectos instrumentales y metodológicos de la investigación universitaria del Derecho del Trabajo

David MONTOYA MEDINA*

RESUMEN: La investigación que se desarrolla en el seno de la universidad constituye, junto a la labor docente, el binomio de las principales tareas que competen al profesorado universitario en su quehacer cotidiano. Son muchos los estudios publicados en torno a la actividad docente del profesorado universitario, más no tantos los centrados en los aspectos instrumentales y metodológicos de la investigación. El presente trabajo discurre sobre este último ámbito incidiendo, especialmente, en las particularidades de la investigación jurídica, en general, y del Derecho del Trabajo en particular. En una primera parte, se detiene la atención en los aspectos instrumentales de la investigación universitaria. Por una parte, se pone el acento en las funciones de la investigación contribuyendo a la mejora de la docencia universitaria así como al desarrollo científico y el progreso social. Por otra, el trabajo discurre por los elementos que, a juicio del autor, contribuyen decisivamente a la calidad de la actividad investigadora. En una segunda parte, se reflexiona sobre los aspectos metodológicos de la investigación del Derecho del Trabajo con una propuesta que parte del análisis exegético de las normas laborales a la luz de la realidad social sobre la que éstas deben proyectarse.

Palabras clave: Investigación, Derecho del Trabajo, método de investigación, ciencia del Derecho, dogmática jurídica.

SUMARIO: 1. Planteamiento. La investigación en el seno de la Universidad. 2. Funciones de la investigación. 2.1. La investigación como instrumento de apoyo a la docencia. 2.2. La contribución de la investigación al desarrollo científico y al progreso social. 2.3. La proyección social de la investigación jurídica. 3. Elementos esenciales para la calidad de la actividad investigadora. 3.1. La investigación en el marco de un grupo y de la universidad. 3.2. La participación en congresos y seminarios especializados y las estancias de investigación en centros de prestigio. 3.3. El libre acceso a los resultados de investigación. 4. Instrumentos metodológicos para la investigación del Derecho del Trabajo. 4.1. Parámetros básicos de calidad de la investigación jurídica. 4.2. La exégesis de las normas laborales. 4.3. La interdisciplinariedad. 4.4. El Derecho comparado. 5. Bibliografía.

* Profesor Titular de la Universidad de Alicante (España).

Instrumental and methodological aspects of university research on Labour Law

ABSTRACT: Research carried out at Universities is, together teaching, the binomial of the main tasks University teaching staff are bound to cope with in its daily routine. There are plenty of published essays on University teaching but not so many focused on the instrumental and methodological aspects of research. This work paper discusses this last area, focusing especially on the particularities of law research, in general, and on Labour Law in particular. Firstly, attention is paid on the instrumental aspects of university research. On the one hand, emphasis is placed on the functions of research, its contribution to the improvement of University teaching and to scientific development and social progress as well. On the other hand, the work goes through the elements that, in the author's opinion, contribute decisively to research quality. Secondly, the paper reflects on the methodological aspects of Labour Law research with a proposal based on the exegetical analysis of labour standards according the social reality on which they must be applied.

Key Words: Research, Labour Law, Research method, Law science, Legal dogmatics.

1. Planteamiento. La investigación en el seno de la Universidad

De entre los diversos cometidos desempeñados por las Universidades existen, particularmente, dos que, desde antaño, resultan primordiales por cuanto son inherentes al papel que dicha institución desempeña en nuestra sociedad: la enseñanza de las profesiones intelectuales, por una parte, y, por otra, la investigación científica y la preparación de futuros investigadores¹. Hoy por hoy no cabe duda de que en el profesor universitario se aúnan esas dos funciones que cuentan con una influencia recíproca.

Por lo que concierne a la labor investigadora del profesorado universitario, en España su marco regulador básico viene constituido por los arts. 39 a 41 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, *de Universidades* (LOU) y por los arts. 12 a 23, de la Ley 14/2011, de 1 de junio, *de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación* (LCTI). La entrada en vigor de esta última representó un importante cambio tanto en el marco en el cual se debe llevar a cabo la labor investigadora cuanto en sus objetivos.

Nuestra legislación vigente conceptúa la investigación como “*un derecho y un deber*” del personal investigador (art. 40.1 LOU). En coherencia con ello, “*la universidad apoyará y promoverá la dedicación a la investigación de la totalidad del personal docente e investigador permanente*” (art. 40.1 bis LOU). Ahora bien, ¿qué debe entenderse por actividad investigadora? En el plano internacional, la *Carta Europea del Investigador*² acoge en su sección 3ª la definición *Frascati*, reconocida internacionalmente, que conceptúa a los investigadores como los “*profesionales que trabajan en la concepción o creación de conocimientos, productos, procedimientos, métodos y sistemas nuevos, y en la gestión de los proyectos correspondientes*”. En el plano nacional, el art. 13.1 LCTI entiende por investigación, “*el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación*”.

2. Funciones de la investigación

En cuanto a las funciones que, en el seno de la Universidad, está llamado a desempeñar ese trabajo creativo en que consiste la investigación, ya se ha adelantado aquí que la investigación y la docencia se encuentran ligadas

¹ Ortega y Gasset, J., *El libro de las Misiones*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1940, p. 70.

² DOUE L 75, de 22 de marzo de 2005.

por una relación de recíproca retroalimentación. Es evidente que la investigación tiene una incidencia decisiva sobre la calidad de la labor docente. Sin embargo, junto a ello, no hay que olvidar el importante rol que la investigación desempeña en el seno de la Universidad para el desarrollo de la ciencia y para el progreso de la sociedad.

Así las cosas, el apoyo a la docencia, por una parte, y la contribución al progreso social, por otra, constituyen las dos funciones primordiales de la investigación. A las mismas se refiere el art. 39 LOU para el que la investigación constituye una “*función esencial de la universidad*”, y representa el “*fundamento esencial de la docencia y una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de sus resultados a la sociedad*”. A ambas funciones básicas me referiré a continuación.

2.1. La investigación como instrumento de apoyo a la docencia

Desde mi punto de vista, la investigación que efectuamos los docentes en las Universidades constituye un instrumento principalmente orientado a la enseñanza de las distintas disciplinas. Si bien es cierto que la investigación universitaria cumple un relevante papel en el marco del desarrollo científico y cultural, el necesario debate académico y el progreso social y económico, es en el contexto de la docencia universitaria donde adquiere su verdadera funcionalidad.

Desde luego, no se trata de que el docente convierta sus clases en ponencias de elevado nivel científico, pero sí de fomentar el espíritu crítico de los estudiantes permitiéndoles conocer los distintos perfiles que reúne la materia objeto de conocimiento y ser capaces de contextualizarla en la sociedad actual.

Para ello resulta imprescindible enriquecer la docencia haciendo partícipes a los alumnos de las conclusiones obtenidas por el docente en el curso de su labor de investigación. A mi juicio, no resulta concebible en el ámbito universitario el ejercicio de la actividad docente sin un simultáneo desarrollo por el profesor de una labor de profundización en los conocimientos de la materia que imparte. Después de todo, la labor más inmediata del profesorado universitario es la de formar adecuadamente a los futuros egresados. Y, para acometer dicha labor, resulta imprescindible que el docente desarrolle una constante labor de actualización de conocimientos y de profundización sobre los mismos³.

³ Puso también el acento en el efecto positivo sobre la docencia universitaria de una

2.2. La contribución de la investigación al desarrollo científico y al progreso social

El segundo gran objetivo de la investigación es el relativo al favorecimiento del progreso social. La idea que inspira la consecución de dicho objetivo es que el desarrollo de la investigación no puede realizarse con la única intención de renovar la docencia o de efectuar aportaciones en un debate en el que únicamente participan profesores universitarios.

Con relativa frecuencia se nos reprocha a los docentes universitarios que vivimos de espaldas a la sociedad. A mi modo de ver, dichas críticas no se encuentran exentas de razón, al menos en parte. No son pocas las veces en las que ven la luz trabajos de investigación cuya utilidad social resulta más que discutible. Junto a ello, también es cierto que el ciudadano medio tiende a tener una idea distorsionada de lo que consiste la universidad y una visión equivocada de la labor ejercida por el profesorado universitario. En nuestra sociedad todavía hay personas que desconocen que en la universidad se investiga y que, de hecho, el mayor porcentaje de la labor investigadora se desarrolla en su seno. También hay colectivos que tienen una concepción negativa del profesorado universitario, sobre todo de los funcionarios, y que minusvaloran el valor de los estudios de doctorado, las publicaciones en revistas periódicas, o su participación pública en foros de discusión. El problema es que, debido a esta falta de sintonía entre universidad y sociedad, esta última (en particular, el tejido empresarial) no ha podido verse beneficiada todo lo deseable de la labor investigadora y de los conocimientos que se generan en el seno de la universidad.

En España dicha cuestión no ha pasado desapercibida por el legislador. La reforma operada en la LOU por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, y la LCTI de 2011 pusieron un gran énfasis en el objetivo de la investigación relacionado con la transferencia del conocimiento con el fin de favorecer el progreso económico y social. En este sentido, el vigente art. 41.1 LOU, resultante de la modificación operada en 2007, encomienda a la universidad desarrollar *“una investigación de calidad y una gestión eficaz de la transferencia del conocimiento y la tecnología, con los objetivos de contribuir al avance del conocimiento y del desarrollo tecnológico, la innovación y la competitividad de las empresas, la mejora de la calidad de vida de la ciudadanía, el progreso económico y social y un desarrollo responsable equitativo y sostenible, así como garantizar el fomento*

buena metodología investigadora Goerlich Peset, J.M^a, “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 2, 1997, pp. 131 y 132.

y la consecución de la igualdad’.

Por lo demás, se trata de una misión no atribuible en exclusiva a las universidades como centros de investigación, sino también a los propios investigadores dentro de cuyos deberes básicos se encuentra el de “*procurar que su labor sea relevante para la sociedad*” (art. 15.1 e) LCTI). Para ello, la LCTI también se preocupa de la propia posición y características de la sociedad en relación con la actividad investigadora, exigiendo de la Administraciones Públicas el fomento de “*las actividades conducentes a la mejora de la cultura científica y tecnológica de la sociedad a través de la educación, la formación y la divulgación*”, y el adecuado reconocimiento de “*las actividades de los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación en este ámbito*” (art. 38.1 LCTI)⁴.

2.3. La proyección social de la investigación jurídica

Dichas circunstancias deben, asimismo, ser particularmente tenidas en cuenta en la investigación propia de las ciencias sociales y jurídicas. En consecuencia, la labor investigadora en este específico ámbito no debe tener como único objetivo el de apoyar y mejorar la docencia. Debe ir más allá, contribuyendo a una mejor regulación y entendimiento por los operadores jurídicos y también por los agentes sociales del marco jurídico que ordena las relaciones sociales. Como se ha afirmado, en este sentido, “*el diálogo científico no puede quedar en modo alguno limitado a la sola academia sino que debe de tener trascendencia externa*”⁵.

Creo que ello debe ser así pese a que muchas veces se ha cuestionado y se cuestiona en nuestros días la operatividad práctica o social de la investigación jurídica. El mundo de los operadores jurídicos (jueces, abogados, inspectores de trabajo) todavía parece relativamente alejado de las aportaciones doctrinales. Da la impresión muchas veces de que la labor investigadora solamente resulta plenamente útil a fines docentes, para la propia promoción curricular del profesorado y para “*finés domésticos*”, esto

⁴ En esta misma línea, el art. 38.2 LCTI exige que en los Planes Estatales de Investigación Científica y Técnica y de Innovación se incluyan medidas para la consecución de objetivos como “a) *Mejorar la formación científica e innovadora de la sociedad, al objeto de que todas las personas puedan en todo momento tener criterio propio sobre las modificaciones que tienen lugar en su entorno natural y tecnológico*”, y “b) *Fomentar la divulgación científica, tecnológica e innovadora*”.

⁵ Goerlich Peset, J.M^a, “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 145. En el mismo sentido, Álvarez Del Cuvillo, A., “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación científica en las disciplinas de Derecho positivo”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n. 21, 2018, p. 120.

es, para leernos y citarnos entre nosotros mismos, constituyéndonos es una singular “*casta profesoral*”, alejada de la sociedad⁶.

Desde luego, resulta muy gratificante cuando los compañeros de disciplina citan o aplauden tus trabajos. Más todavía si lo hacen para compartir y emplear tus criterios interpretativos en sus propios estudios. Ello no obstante, creo que los destinatarios naturales de la labor investigadora del docente universitario no deben constituir solamente los compañeros de disciplina. Es sumamente importante la difusión de nuestras investigaciones entre los operadores jurídicos (jueces y magistrados, abogados, graduados sociales, inspectores de trabajo) con el fin de enriquecer su labor aplicativa del ordenamiento jurídico y contribuir, así, al progreso de la sociedad. Pero también es relevante compartir los resultados de la labor investigadora con otros operadores sociales. Por poner un ejemplo, me parece positivo para el progreso social que el investigador del Derecho del Trabajo pueda compartir con los agentes sociales (asociaciones empresariales y sindicatos) el entendimiento del nuevo marco regulador de la relación de trabajo o de las nuevas normas reguladoras de la negociación colectiva, las opciones que resultan de dicho marco legal y las posibles soluciones a los problemas que puede plantear su puesta en escena.

Por tales razones, creo que la labor investigadora a desarrollar no solamente debe profundizar en el análisis técnico de las normas de cara a la difusión de nuestras construcciones entre los operadores jurídicos. También debe dirigirse a facilitar la comprensión del marco normativo de un sector del ordenamiento jurídico y de sus principales instituciones por el conjunto de operadores sociales que intervienen y se ven afectados por el mismo. Se trata de un elemento, asimismo, imprescindible para favorecer el progreso social.

3. Elementos esenciales para la calidad de la actividad investigadora

Una vez efectuadas las oportunas referencias a los objetivos de la investigación en el seno de la Universidad, conviene detener la atención en algunos de los elementos que, a mi juicio, deben rodear el ejercicio de una actividad investigadora de calidad. Se trata de aspectos tales como la

⁶ En este sentido, Sala Franco, T., “El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Anuario del Instituto de Relaciones Laborales, n. 1, 1977, Zaragoza, p. 40.

investigación en el marco de un grupo y de una Universidad, la movilidad del personal investigador, y la publicación en repositorios de libre acceso.

3.1. La investigación en el marco de un grupo y de la universidad

La legislación española atribuye una clara prioridad al desarrollo de la investigación en el seno de grupos de investigación sobre la investigación individual. En este sentido, es claro el art. 40.2 LOU que dispone que *“la investigación, sin perjuicio de la libre creación y organización por las Universidades de las estructuras que, para su desarrollo, las mismas determinen y de la libre investigación individual se llevará a cabo, principalmente, en grupos de investigación, Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación”*.

Comparto plenamente dicho criterio legal. Con independencia del hecho incontestable de que, por ejemplo en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas, buena parte de la labor investigadora se despliega en el plano individual, considero relevante la realización de la actividad investigadora en el seno de un grupo de investigación a fin de aunar esfuerzos, compartir líneas de investigación y resultados. De esta forma, se benefician todos los integrantes del grupo, se enriquecen los resultados y se facilita la consecución del doble objetivo de la investigación: el apoyo a la docencia y el favorecimiento del progreso social. Como puso tempranamente de manifiesto el profesor DE LA VILLA, *“la doctrina española debe ir dando cabida, junto con la investigación individual, a las investigaciones colectivas... como único procedimiento de abordar temas que, de otro modo, continúan inéditos pese a su importancia fundamental”*⁷.

Además de la importancia de la pertenencia a un grupo de investigación, el investigador debe tener en cuenta que su actividad profesional debe, asimismo, ir dirigida a la consecución de los fines de la universidad de la que forma parte. No está de más recordar que uno de los deberes del personal investigador de las universidades impuesto por la ley es el de *“encaminar sus investigaciones hacia el logro de los objetivos estratégicos de las entidades para las que presta servicios”* (art. 15.1 g) LCTI). Comparto plenamente esa visión de la investigación en el seno de la Universidad. Para ello resulta primordial que el personal investigador y los departamentos universitarios a los que se adscriben participen y se impliquen activamente en los proyectos institucionales puestos en marcha desde el seno de su

⁷ De la Villa Gil, L.E., “La elaboración científica en el Derecho del Trabajo”, *Separata de Anuario de Ciencia Jurídica*, n. 1, 1971, p. 33.

Universidad, singularmente, los emprendidos en colaboración con otras universidades e instituciones nacionales y extranjeras.

3.2. La participación en congresos y seminarios especializados y las estancias de investigación en centros de prestigio

Un segundo aspecto que, a mi juicio, debe identificar una investigación de calidad es la relativa a la movilidad del profesorado, tanto en lo relativo a la participación regular en cursos y seminarios especializados, cuanto en la realización de estancias de investigación en centro de prestigio nacionales o extranjeros.

Es cierto que, con frecuencia, buena parte del trabajo a desarrollar en el centro de investigación de destino se puede desempeñar en el propio centro sin necesidad de desplazarse. La abundancia de recursos bibliográficos y documentales con los que suele contar el profesor universitario en su centro de origen y, en todo caso, la facilidad de acceso a los mismos gracias a la informatización de los catálogos de las bibliotecas permite, con harta frecuencia, cuestionar la utilidad de las estancias de investigación y catalogarlas de prescindibles.

A mi modo de ver, ello no es necesariamente así. En primer lugar, porque es evidente que el profesor no podrá tener acceso a la totalidad de fondos documentales que precise sin salir de su despacho. Las estancias, particularmente cuando se efectúan en centros extranjeros, pueden propiciar la toma de contacto del profesor con bases de datos de información bibliográfica o documental que probablemente no hubiese llegado a conocer de no efectuar dicha acción de movilidad. En segundo lugar, porque, a mi juicio, la estancia de investigación no debe concebirse únicamente como el desplazamiento a otro centro de investigación a fin de consultar determinada documentación. Las estancias de investigación, bien entendidas, deben implicar al docente en muchos más aspectos como la participación en seminarios o foros de discusión en el centro de destino, la toma de contacto con colegas de disciplina pertenecientes al mismo u otros centros y el intercambio de ideas con los mismos.

No resulta casual que el propio legislador apueste por la movilidad del profesorado en el marco del derecho y deber que al mismo compete de desarrollar la labor investigadora. En efecto, nuestra legislación académica y científica efectúa una clara llamada a las Administraciones Públicas y a las propias universidades para fomentar la movilidad del personal investigador. En este sentido, el art. 41.2 d) LCII encomienda a la

Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio, del desarrollo de programas propios por las Universidades, el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico con el fin de asegurar “*la movilidad de investigadores y grupos de investigación para la formación de equipos y centros de excelencia*”⁸. En esta misma línea, el art. 40.4 LOU encomienda a las Universidades el fomento de “*la movilidad de su personal docente e investigador, con el fin de mejorar su formación y actividad investigadora, a través de la concesión de los oportunos permisos y licencias, en el marco de la legislación estatal y autonómica aplicable y de acuerdo con las previsiones estatutarias consignadas al efecto*”.

Esta última disposición legal dedica un extensísimo precepto (art. 17 LCTI) a la “*movilidad del personal investigador*”, contemplando medidas como la valoración de la movilidad efectuada en los procesos de selección y evaluación del personal investigador, la posibilidad de adscribir investigadores de unas universidades u organismos públicos de investigación a otras u otros para ejecutar proyectos de investigación, el derecho del profesor o investigador a solicitar una excedencia de hasta cinco años para trasladarse a otras universidades o centros de investigación, públicos o privados, nacionales o extranjeros, o la posibilidad de realizar estancias formativas de hasta dos años en centros de reconocido prestigio nacionales o extranjeros.

Ello no obstante, también es cierto que la movilidad del profesorado universitario cuenta en nuestros días con importantes condicionantes.

En primer lugar, la Universidad o centro de investigación de origen tendrá que autorizar la movilidad propuesta por el investigador que, como la ley prevé, se subordinará a “*las necesidades del servicio y al interés que la Universidad pública u Organismo para el que preste servicios tenga en la realización de los trabajos que se vayan a desarrollar en la entidad de destino*” (art. 17.3 LCTI).

En segundo lugar, resulta bien conocido que las acciones de movilidad precisan de financiación. Desde luego, todos los años existen convocatorias públicas y privadas para este fin. Sin embargo, no hay que dejar de señalar que la competencia para su obtención es cada día mayor. Además, las restricciones presupuestarias y las exigencias de contención del déficit público han tenido una notable repercusión en las cantidades

⁸ En desarrollo de esta previsión legal, la administración autonómica ha establecido un complemento retributivo por movilidad en función del nivel de la estancia efectuada que deberá ser valorada por la correspondiente Agencia Autonómica de Evaluación. Cfr., en este sentido, el art. 24 del Decreto 174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno Valenciano, *sobre Régimen y Retribuciones del Personal Docente e Investigador Contratado Laboral de las Universidades Públicas Valencianas y sobre Retribuciones Adicionales del Profesorado Universitario* (DOCV núm. 4362 de 22-10-2002).

destinadas a este fin y, por tanto, en el número de ayudas a la movilidad concedidas.

En tercer lugar, no hay que dejar de señalar el hándicap a la movilidad que representa el propio calendario académico. La sucesión del periodo lectivo con el periodo de exámenes de primera y segunda convocatoria hace todavía más difícil al docente llevar a cabo acciones de movilidad de duración media o larga. Normalmente el docente se ve abocado a realizar las estancias durante el tiempo previsto para el descanso vacacional (mes de agosto) y/o abusar de la generosidad de los compañeros del área de conocimiento para que le sustituyan en la docencia durante su ausencia. Desde luego, otra opción de movilidad que tiene el investigador son las estancias de corta duración. Sin embargo, dichas estancias normalmente son poco provechosas pues se limitan al acopio de material documental. Además cuentan con el importante inconveniente de su escasa valoración en los procesos estatales y autonómicos de evaluación curricular del profesorado⁹.

3.3. El libre acceso a los resultados de investigación

Como ya se ha puesto de relieve, la legislación española pone mucho énfasis en los beneficios que la investigación representa para el progreso social así como en la necesidad de facilitar la transmisión de conocimientos a la sociedad a través de la actividad investigadora.

La investigación y los medios de difusión de sus resultados no han podido ser ajenos al notorio despegue que, durante la última década, se ha producido en los sistemas de comunicación y de difusión de la información. Como la propia exposición de motivos de la LOU se encarga de recordar *“el auge de la sociedad de la información, el fenómeno de la globalización y los procesos derivados de la investigación científica y el desarrollo tecnológico están transformando los modos de organizar el aprendizaje y de generar y transmitir el conocimiento”*.

En efecto, en la actualidad la transmisión del conocimiento a la sociedad se facilita enormemente gracias a la digitalización de los resultados de la

⁹ Curiosamente, la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), en los procesos de acreditación del profesorado, parece ponderar más el prestigio del centro de destino donde se realiza la estancia que el objeto e interés de la actividad investigadora a desarrollar. Cfr. el documento *“Programa Academia. Guía de Ayuda”* (pág. 34) que, en este sentido, se limita a señalar que la estancia debe ser de duración media o larga y realizarse en *“centros de investigación de prestigio”*. Cfr.: <http://www.aneca.es/Programas-de-evaluacion/ACADEMIA/Programa-bajo-las-previsiones-del-RD-1312-2007>.

investigación y su ágil difusión vía internet.

Desde mi punto de vista, el libre acceso a dichos resultados es plenamente coherente con la consecución del objetivo de la investigación consistente en servir al progreso de la sociedad. En este sentido, el legislador ha apostado claramente por la difusión universal del conocimiento garantizando el acceso abierto a la información de relevancia científica.

A tal efecto, se obliga a los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación al desarrollo de repositorios de acceso abierto a las publicaciones de su personal investigador (arts. 37.1 y 37.3 LCTI). Asimismo, la ley otorgó a los investigadores cuya actividad se financie con fondos públicos un plazo de doce meses, desde la fecha oficial de publicación, para publicar una versión digital de la versión final de los trabajos aceptados para publicación en revistas seriadas o periódicas (art. 37.2 LCTI).

Esta obligación cumple con una función muy importante. Ello, a pesar de contar con la limitación consistente en que la actividad investigadora de la que se trate deba estar financiada con fondos públicos. Adviértase que la obligación del desarrollo de repositorios de acceso libre facilita ostensiblemente la puesta a disposición del conocimiento a favor del público en general asegurando el control administrativo de la calidad de la investigación.

Desde luego, la ley no prohíbe ni limita a las universidades, las editoriales científicas ni a los propios investigadores llevar a efecto de forma voluntaria esta política de acceso libre al conocimiento. Si bien se mira, en la medida en que la autoría y la integridad de la investigación quede garantizada, al investigador lo que le preocupa es que su investigación sea ampliamente difundida. Para ello, será suficiente con que los trabajos se pongan a disposición de los interesados bajo algún tipo de licencia de acceso libre como son, por ejemplo, las licencias *creative commons*¹⁰.

En este sentido, resultan encomiables las iniciativas de algunas publicaciones periódicas de nuestra disciplina como es el caso singular del *Boletín Adapt*, y de las revistas electrónicas *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, *Adapt Labour Studies Book Series*, y *Diritto delle relazioni industriali*. Todas ellas editadas por *Adapt University Press*, y publicadas en inglés, castellano e italiano.

Ahora bien, nada impide que sean los propios investigadores quienes pongan sus obras a disposición del público en repositorios electrónicos existentes a nivel internacional (como es el caso del *Social Science Research*

¹⁰ Disponibles en <http://es.creativecommons.org>.

Network, o SSRN¹¹) o en sus propias universidades (como es el caso del *Repositorio de la Universidad de Alicante* o RUA¹²). Desde luego, para ello es precisa la autorización de la revista donde se ha publicado la versión en papel del trabajo, pero ello no parece ofrecer mayores dificultades. Es más, cada vez resulta más frecuente localizar trabajos de profesores nacionales o extranjeros publicados en internet en régimen de acceso libre. Una vez puestos dichos trabajos a disposición del público, resulta muy fácil la difusión de los mismos mediante blogs o sitios webs. Dicha circunstancia, por otra parte, favorece a los propios autores, a los especialistas en su área de conocimiento y a cualquier operador social que precise de información especializada y de calidad sobre cualquier tema de estudio.

Con todo, no debe pasarse por alto los inconvenientes asociados a la facilidad de publicación en la web. Dichos inconvenientes giran en torno a la falta de control de calidad de lo que se publica¹³. El investigador debe evitar incurrir en el error de publicar a toda costa por el mero hecho de estar visible en internet. Desde luego, la calidad del trabajo queda garantizada cuando el artículo se publica en una revista electrónica que cumple los criterios de calidad generalmente exigibles. También cuando se publica la versión electrónica de un trabajo que ha sido previamente publicado en una revista en papel que cumple con dichos criterios.

4. Instrumentos metodológicos para la investigación del Derecho del Trabajo

Una vez tratados los diversos condicionantes que rodean el ejercicio de la labor investigadora en el seno de la universidad, corresponde ahora efectuar una reflexión sobre el método de investigación en nuestra disciplina. Con todo, creo, asimismo, necesario efectuar un breve apunte sobre los parámetros básicos de calidad que debe rodear el ejercicio de la investigación jurídica.

¹¹ Cfr. <http://www.ssrn.com>.

¹² Cfr. <http://rua.ua.es/>.

¹³ Tal y como ha señalado Caso, R., “Open Access to Legal Scholarship and Copyright Rules: A Law and Technology Perspective”, en Peruginelli, G. and Ragona, M. (eds.), *Law via the internet: free access, quality of information, effectiveness of rights*. European Press Academic Publishing, Florencia, 2009, pp. 97-110. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1429982.

4.1. Parámetros básicos de calidad de la investigación jurídica

Los trabajos de investigación en general y, en particular, los emprendidos en el ámbito del Derecho deben reunir diversas características que, a mi juicio, resultan imprescindibles en términos de rigor y calidad.

En primer lugar, se ha de respetar siempre el cuidado y la precisión en la utilización del lenguaje, especialmente, el de los términos jurídicos. Como es sabido, el Derecho es técnico y técnico es, asimismo, el lenguaje jurídico, por lo que es fundamental que el jurista haga un uso del mismo claro y preciso¹⁴. Aparte de la necesaria precisión en el manejo de la terminología común y jurídica, es fundamental que el jurista cuide la pureza y estética de su sintaxis, el adecuado uso de los tiempos verbales, así como de los signos de puntuación, secuenciando adecuadamente los contenidos del discurso escrito y evitando las oraciones excesivamente extensas que dificultan su seguimiento por el lector. Dicho estilo, propio de textos farragosos, por desgracia, no es infrecuente encontrarlo no sólo en textos académicos sino también en multitud de pronunciamientos judiciales y demás escritos forenses. A mi juicio, la precisión del lenguaje y la corrección y correcta cadencia de la sintaxis resultan primordiales para que el ensayo jurídico pueda servir a la finalidad para la que ha sido concebido. En este sentido, creo que es preferible que el jurista en sus construcciones yerre con claridad a que acierte confusamente.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con la necesaria claridad en la expresión escrita, el jurista debe investigar y formular sus construcciones con la máxima probidad intelectual. Ello implica, entre otros extremos, ser muy riguroso en el manejo de las citas doctrinales y jurisprudenciales y no abusar innecesariamente de las mismas. También ello exige emplear un lenguaje conciso, sencillo y directo, evitando epatar al lector con circunloquios, tecnicismos innecesarios y alardes de erudición. Asimismo, el jurista, como técnico del Derecho, debe ser, sistemático en sus trabajos, yendo de lo general a lo particular y de lo sencillo a lo complejo, así como conciso en sus planteamientos. Debe evitar saturar al lector en sus escritos de información colateral o complementaria, irrelevante o alejada del objeto de su investigación y eludir el tratamiento en exceso de cuestiones menores (en muchas ocasiones, pseudoproblemas) cuando se trate del análisis de una cuestión central o principal.

Por último, como ya se adelantó con anterioridad, es importante que el

¹⁴ Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 58, 1993, p. 178.

jurista atienda en sus construcciones a cierto sentido de la practicidad. Y es que, en mi opinión, el principal factor o criterio de medida del rigor en la investigación jurídica en general e iuslaboralista en particular viene constituido por el planteamiento correcto y posterior solución de los problemas jurídicos a los que se puede enfrentar cualquier operador jurídico en la práctica del Derecho. La observación del conjunto de estos criterios, no sólo redunda en la virtualidad social del trabajo académico para el práctico del Derecho, sino también en su indudable utilidad pedagógica para el estudiante.

4.2. La exégesis de las normas laborales

Como es lógico, el método de investigación en el Derecho del Trabajo no puede ser otro que el propio de la ciencia jurídica. Como tempranamente puso de relieve Alonso García, *“el método de investigación en Derecho puede conceptuarse como el camino seguido, la manera, modo o formas utilizados para alcanzar unas conclusiones jurídicas que nos lleven al adecuado conocimiento del Derecho como disciplina autónoma, dotada de objeto propio, y de este mismo objeto”*¹⁵.

El jurista teórico, por consiguiente, debe tender a la construcción sistemática y conceptual de las instituciones laborales. Sin embargo, al mismo tiempo, no debe perder cierto horizonte “utilitarista” en sus construcciones y enfocarlas, principalmente, al análisis y resolución de problemas prácticos. De hecho, desde mi punto de vista, el rigor en el trabajo académico de investigación va necesariamente unido a la funcionalidad práctica de los criterios y resultados manejados por el jurista teórico¹⁶. Desde esta óptica, el trabajo académico debe cumplir también una importante función social, inspirando el criterio orientador en la labor de los operadores jurídicos (jueces, magistrados, inspectores de trabajo, abogados) y de los agentes sociales.

Por todos es conocido, en este sentido, la innegable repercusión de las construcciones e interpretaciones doctrinales en la materialización de determinados criterios jurisprudenciales en la jurisdicción social. Y no podía ser de otra manera, pues, como se ha señalado, *“el panorama que combina las cualidades teóricas del sistema y la preocupación conceptual con las*

¹⁵ Alonso García, M., “El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, vol. I, p. 178.

¹⁶ Como se ha puesto de manifiesto, *“la doctrina española ha de proceder a una selección cuidadosa de las tareas objeto de investigación: resulta poco útil la dedicación a problemas neutros, o de importancia práctica más que dudosa”*. De la Villa Gil, L.E., “La elaboración científica en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 33.

*finalidades prácticas del Derecho... es el que viene presidiendo mayoritariamente el estudio del moderno Derecho del Trabajo, inspirado en un equilibrio entre dogmática y realismo*¹⁷.

Junto a ello, es preciso efectuar alguna consideración adicional relacionada con el objeto de la labor investigadora. ¿Cuál es la actividad investigadora (el trabajo creativo) que debe desarrollar el jurista?. A mi modo de ver, dicho trabajo consiste, por una parte, en interpretar las normas jurídicas para la resolución de problemas jurídicos y, por otra parte, en valorar su adecuación para la solución de los problemas sociales que inspira su creación, formulando, en su caso, las propuestas de mejora que fuesen precisas para tal fin.

En efecto, dado que el método de investigación del Derecho del Trabajo debe ser el propio de la ciencia jurídica, el jurista académico debe mostrar el Derecho del Trabajo tal cuál es, partiendo de la identificación de la norma positiva aplicable¹⁸. Por ello, la investigación del Derecho del Trabajo parte, a mi modo de ver, de una labor exegética de las normas jurídico-laborales, consistente en la explicación de las proposiciones jurídicas (normativas y jurisprudenciales) para la posterior ubicación de las mismas en su contexto histórico y normativo. Efectivamente, la explicación del sentido de las normas laborales también presupone la necesidad de situarlas dentro de un orden sistemático, a partir del cual se pueda efectuar un análisis unitario y coherente de las instituciones jurídico-laborales.

Así pues, la ordenación sistemática de las normas laborales y su reelaboración a través de la exégesis constituyen la principal misión del jurista teórico. Ello no obstante, es evidente que la labor investigadora del jurista teórico no debe circunscribirse a tales cometidos. Como es sabido, el ordenamiento laboral se encuentra particularmente expuesto a las transformaciones de toda índole que acontecen en la realidad social. Lo cierto es que, hoy por hoy, no puede comprenderse el Derecho del Trabajo fuera del contexto económico y productivo que proporciona la actual sociedad de la información, caracterizada por el auge de las nuevas tecnologías y la globalización de los mercados financieros, y de espaldas a los valores propios de la sociedad postindustrial¹⁹.

¹⁷ Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁸ Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n. 132, 2016, p. 80. Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *op. cit.*, p. 177. Goerlich Peset, J.M^a, “Consideraciones sobre el método en Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 138.

¹⁹ Mercader Uguina, J.R., *Derecho del Trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 49 y ss. y 243 y ss.

Con mayor motivo, entonces, el profesor-investigador del Derecho del Trabajo, a diferencia del juez y del abogado, debe adoptar un constante espíritu crítico en el análisis del Derecho positivo. Junto al análisis técnico del Derecho, las normas jurídicas deben ser estudiadas desde el prisma más amplio de los efectos socioeconómicos que su aplicación conlleva. En este sentido, se ha sostenido que “*la investigación del derecho del trabajo no se puede limitar al conocimiento de las normas laborales, sino que ha de partir de un acercamiento a la realidad social, de tal modo que la observación se proyecte, a la vez, sobre la realidad social y sobre la norma jurídica*”²⁰.

De esta manera, la labor crítica del jurista debe proyectarse tanto en el ámbito de la valoración técnica de la norma, como en el de la política legislativa, traducida en la formulación de las correspondientes propuestas de *lege ferenda*, dirigidas bien a subsanar las deficiencias técnicas o formales en la regulación de una institución jurídica, bien a garantizar su adecuación con la consecución de determinados fines que han resultado malogrados con dicha regulación²¹. Hasta cierto punto, “*no es tan importante la glosa o la interpretación de los textos legales como despertar la atención del poder público sobre las injusticias sociales flagrantes que se cometen cada día*”²².

Por lo demás, adviértase que resulta muy difícil que el intérprete se pueda desvestir de sus creencias y convicciones (de su ideología, en definitiva) a la hora de estudiar el ordenamiento jurídico. Ello contribuye, sin duda, al enriquecimiento del análisis dogmático del Derecho y a alentar el necesario debate académico. Desde este punto de vista, ya se ha denunciado cierta crisis en nuestros tiempos del “*jurista crítico*”, que ha desistido de cualquier planteamiento que represente una incursión en la política del Derecho para dejar el terreno abonado al “*jurista técnico*” que limita su labor estrictamente al asesoramiento o al dictamen técnico-jurídico. Dicho extremo ha conducido a la proliferación en nuestros días una suerte de literatura jurídico laboral “*light*” que se ha dejado llevar por la demanda de información rápida y práctica, por la “*inflación bibliográfica*” y

²⁰ De la Villa Gil, L.E., “En torno al concepto de Derecho español del Trabajo”, en Palomeque López, M.C. y García-Perrote Escartín, I., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus cincuenta años de dedicación universitaria*, Madrid (CEF), 2006, p. 266.

²¹ Como se ha señalado a este respecto, “*el investigador jurídico se presenta como un colaborador del responsable político*”. Cfr. Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 82. En el mismo sentido, Goerlich Peset, J.M^a, “Consideraciones sobre el método en Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 141. Álvarez Del Cuervo, A., “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación científica en las disciplinas de Derecho positivo”, *op. cit.*, p. 132.

²² De la Villa Gil, L.E., “La elaboración científica en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 33.

por las exigencias del mercado editorial²³.

4.3. La interdisciplinariedad

La valoración no técnica de las normas jurídicas, esto es, su valoración desde perspectivas socioeconómicas, históricas, sociológicas, etc, exige el conocimiento básico y manejo de métodos y conceptos propios de estas disciplinas de los que se debe servir el jurista teórico²⁴. En esto consiste, precisamente, la llamada interdisciplinariedad o “*pluralismo metodológico*”, del que ha de servirse la Ciencia del Derecho del Trabajo²⁵. La interdisciplinariedad puede entenderse como un método de investigación que pasa por la toma en consideración de las fuentes de conocimiento aportadas por otras áreas del conocimiento científico, sean jurídicas o no, ya sea a través de la consulta de los trabajos elaborados por expertos en dichas áreas, ya sea a través de la colaboración directa con ellos

Debe puntualizarse que ello no implica que el investigador iuslaboralista renuncie a su principal labor (el estudio técnico-jurídico de las normas) para efectuar la labor propia de los historiadores, economistas o sociólogos. Se trata más bien de “*ser críticamente consciente de las implicaciones históricas, económicas o sociológicas (del marco normativo), esto es, de una realidad jurídica compleja y contextual*”²⁶. Así pues, no se debe, desde luego, renunciar al método propio de la técnica jurídica, pero sí necesariamente abordar el entorno social en el que se desenvuelven las relaciones individuales y colectivas de trabajo, con el auxilio de otras disciplinas como las relaciones industriales, la estadística, la economía del trabajo, la historia social, la sociología del trabajo o la sociología del Derecho²⁷.

²³ Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 68, 1994, p. 879. Añade este autor algo que aquí se comparte plenamente y es que en dicho fenómeno ha incidido decisivamente el actual “*diseño de la carrera universitaria en el que no parece haber lugar para el largo plazo (y), en el que lo cuantitativo (el número de las publicaciones) prima sobre lo cualitativo (la calidad de las mismas)*”.

²⁴ Se ha dicho, así, que “*métodos sociológicos y estadísticos deben integrar el propiamente jurídico*”. Cfr. De la Villa Gil, L.E., “En torno al concepto del Derecho español del Trabajo”, *op. cit.*, p. 267.

²⁵ Por todos, Rodríguez de la Borbolla Camoyán, J., “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n. 31, 1994, pp. 21 y ss.

²⁶ Sala Franco, T., *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 48.

²⁷ En el mismo sentido, Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 97.

Y es que es evidente que si la dogmática jurídica aplicada al análisis del Derecho del Trabajo debe emplear el conocimiento científico, se debe abrir hacia otras disciplinas científicas en búsqueda de fundamentos y conceptos que puedan ser operativos en la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el ordenamiento laboral²⁸.

Por poner diversos ejemplos, de poco sirve emprender el estudio del actual marco jurídico de protección laboral y de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros si no se tiene previamente una idea cabal de los efectos de la inmigración en el mercado de trabajo, del flujo de los contingentes de personas extranjeras en nuestro país, ni de su probable evolución. De la misma manera, resulta imprescindible para el iuslaboralista que pretenda abordar el estudio de las funciones del Derecho del Trabajo, conocer la dimensión sociológica del conflicto de clases como manifestación más importante del conflicto social. Y otro tanto se podría decir de los datos estadísticos sobre siniestralidad laboral, de cara al estudio de la eficacia de determinada disposición en materia de prevención de riesgos laborales. Como se ha dicho, de manera concisa y elocuente, “*la bondad de una norma (...) depende de manera determinante del conocimiento que se tenga del hecho normado*”²⁹.

Son diversos los factores que permiten apostar por la interdisciplinariedad como ingrediente imprescindible de la investigación emprendida en la rama social del Derecho, más si cabe que en otros sectores del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, no hay que olvidar que el ordenamiento laboral, como cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, está destinado a regular unas específicas relaciones sociales (las relaciones individuales, colectivas y de Seguridad Social que se generan con ocasión del trabajo dependiente y por cuenta ajena). Dicha circunstancia, ya de entrada, obliga a conocer todos los elementos que conforman dichas relaciones sociales y los efectos del marco jurídico que procede su regulación. El ordenamiento laboral opera sobre una realidad social no inmutable sino expuesta a continuas transformaciones. Desde este prisma, ya se ha señalado que el iuslaboralista no debe limitarse al estudio técnico de las normas sino que debe efectuar una constante prospección de la aplicación de las mismas sobre la realidad social. Sólo de esta manera, podrá el investigador cumplir con su misión de adentrarse en el terreno de la política legislativa y formular las correspondientes propuestas de *lege ferenda* dirigidas a la

²⁸ En este sentido, referido al ordenamiento jurídico en general, Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, 3ª edic., 1989, p. 289.

²⁹ Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, *op. cit.*, p. 885.

adecuación de la norma para la consecución de determinados fines de justicia social.

Pues bien, resulta evidente que este tipo aproximación al estudio de las normas jurídico laborales exige el conocimiento y manejo de los conceptos y aportaciones doctrinales efectuadas desde disciplinas no jurídicas tales como la sociología del trabajo, la economía, la historia social, las relaciones industriales o la estadística.

Asimismo, debe recordarse aquí que el Derecho del Trabajo no deja de ser un sector más del ordenamiento jurídico y este último, como tal, no deja de ser único. Desde este punto de vista, la interdisciplinariedad exige el conocimiento de las aportaciones de otras disciplinas jurídicas y de la teoría general del Derecho así como de las aportaciones, siempre sugerentes, del Derecho comparado. Y es que el análisis dogmático del Derecho del Trabajo no debe efectuarse al margen del ordenamiento jurídico en general. Por una parte, se debe contar necesariamente con nociones y figuras jurídicas propias de la Teoría General del Derecho. A ellas, desde luego, debe remitirse el intérprete iuslaboralista para determinar el significado y alcance de conceptos como el de buena fe, abuso de derecho o responsabilidad extracontractual. Por otra, el análisis dogmático de la norma laboral debe, asimismo, atender a la recta interpretación de preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico como el Derecho civil, el Derecho mercantil o el Derecho penal pues no es infrecuente que el propio legislador laboral remita, directa o indirectamente, a normas no correspondientes a nuestra rama del Derecho³⁰

En cuanto a las vías que debe emplear el investigador para introducir la interdisciplinariedad en su labor, éstas discurren por la cooperación con especialistas de otras áreas de conocimiento³¹, así como por el análisis directo de los estudios publicados en dichas áreas.

La primera de las fórmulas señaladas (la cooperación interdisciplinar), a mi modo de ver, resulta primordial. La potenciación de los equipos de investigación multidisciplinarios racionaliza los esfuerzos del investigador, permitiéndole nutrirse de las aportaciones que otros especialistas puedan proporcionar en ámbitos propios de su conocimiento.

Por desgracia, no siempre el investigador podrá contar con el apoyo de reconocidos especialistas en otras áreas de conocimiento y tendrá que

³⁰ Monterde García, J.C., “Bases metodológicas de investigación científica del Derecho del Trabajo”, *El Derecho*, 19-06-2006, en www.elderecho.com/actualidad.aspx.

³¹ En este sentido, Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 98. Goerlich Peset, J.M^a, “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 147.

limitarse a enriquecer su estudio con el análisis directo de otros trabajos publicados en dichas áreas. Desde luego, se trata de otra fórmula para la introducción de la interdisciplinariedad en la investigación, más difícil, menos enriquecedora y, posiblemente, con mayor margen de error. Ello no obstante, considero que resulta, igualmente, necesaria para el desarrollo de una labor investigadora de calidad.

4.4. El Derecho comparado

Por último, un instrumento más, particularmente útil en la investigación del Derecho del Trabajo, y cuya utilización habitual por la doctrina iuslaboralista, en ocasiones, se echa en falta³², es el del Derecho Comparado. De la misma manera que el conocimiento de una lengua extranjera nos permite conocer mejor la propia, el estudio del Derecho extranjero, dicho sea con todas las cautelas³³, puede proporcionar la perspectiva necesaria para una mejor comprensión y análisis del Derecho nacional.

Por una parte, por todos es sabido que es tradicional que el legislador acuda a la comparación de Derechos como instrumento técnico de política legislativa, pues la legislación extranjera de nuestro entorno más próximo ha venido proporcionando indicaciones y sugerencias útiles para la confección de las leyes nacionales. Por otra, el ejercicio de coordinación y armonización legislativa que llevan a cabo los Estados de la UE por exigencias del acervo comunitario, invita a consultar respuestas en otros ordenamientos jurídicos con el fin de conocer mejor el propio³⁴. Por poner un ejemplo, en los estudios relacionados con las medidas normativas de contención de la temporalidad y fomento de la

³² Ello se dice, desde luego, sin desdeñar la importantísima contribución que han representado, en este sentido, obras como la de los Profs. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.Y. y De La Villa Gil, L.E., que tempranamente tradujeron al español el *Grundriss des Arbeitsrechts* de los Profs. Hueck y Nipperdey. Cfr. Hueck, A. y Nipperdey, C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Revista de Derecho Privado), 1963. En la misma línea se sitúa la reciente obra *Derecho Austriaco del Trabajo*, de Günter Löschnigg, Andavira Editora (Santiago de Compostela), 2016, traducido al español por los Profs. Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.

³³ Sobre dichas cautelas, cfr. Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 99 a 101. Álvarez Del Cuvillo, A., “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación científica en las disciplinas de Derecho positivo”, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

³⁴ Sobre esta cuestión, vid más *in extenso* Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 102.

contratación indefinida, resulta muy ilustrativo explorar qué concretas medidas han introducido, para tal fin, diferentes Estados de la UE, al objeto de dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada.

Así pues, el estudio del Derecho comparado puede contribuir a la formulación de propuestas de *lege ferenda*, dirigidas a superar las deficiencias técnicas que puede presentar una norma nacional y al planteamiento de soluciones interpretativas a las que sea difícil llegar desde una óptica ceñida al Derecho interno. Adviértase, no obstante, que no se aboga aquí por el recurso al Derecho comparado y a la doctrina extranjera en un exceso de erudición académica, por lo demás, muy frecuente, sino para enriquecer el análisis normativo, aportar ideas y conocer mejor la propia realidad³⁵.

5. Bibliografía

Alonso García, M., “El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, vol. I.

Álvarez Del Cuvillo, A., “Reflexiones epistemológicas sobre la investigación científica en las disciplinas de Derecho positivo”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n. 21, 2018.

Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, 3ª edic., 1989.

Caso, R., “Open Access to Legal Scholarship and Copyright Rules: A Law and Technology Perspective”, en Peruginelli, G. and Ragona, M. (eds.), *Law via the internet: free access, quality of information, effectiveness of rights*, European Press Academic Publishing, Florencia, 2009.

Cruz Villalón, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n. 132, 2016.

De La Villa Gil, L.E., “La elaboración científica en el Derecho del Trabajo”, *Separata de Anuario de Ciencia Jurídica*, n. 1, 1971.

De La Villa Gil, L.E., “En torno al concepto de Derecho español del Trabajo”, en Palomeque López, M.C. y García-Perrote Escartín, I., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus cincuenta años de dedicación universitaria*, Madrid (CEF), 2006.

Goerlich Peset, J.M^a, “Consideraciones sobre el método en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 2, 1997.

³⁵ En este sentido, Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Algunas reflexiones metodológicas...”, *op. cit.*, p. 885.

- Hueck, A. y Nipperdey, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Traducción, presentación y notas de Derecho español por Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa, Madrid (Revista de Derecho Privado), 1963.
- Löschnigg, G., *Derecho Austriaco del Trabajo. Desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, Estudio preliminar y traducción de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016.
- Mercader Uguina, J.R., *Derecho del Trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- Monterde García, J.C., “Bases metodológicas de investigación científica del Derecho del Trabajo”, *El Derecho*, 19-06-2006.
- Montoya Melgar, A., “Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 58, 1993.
- Ortega y Gasset, J., *El libro de las Misiones*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1940.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 68, 1994.
- Rodríguez de la Borbolla Camoyán, J., “Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, n. 31, 1994.
- Sala Franco, T., “El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Anuario del Instituto de Relaciones Laborales, n. 1, Zaragoza, 1977.

Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario *vs* derechos fundamentales de los empleados (I)*

Carolina BLASCO JOVER**

RESUMEN: El trabajo, dividido en dos partes, procede al estudio del impacto que ha tenido sobre la facultad fiscalizadora del empresario y los derechos fundamentales del trabajador la introducción en la empresa de las tecnologías de la información y de la comunicación. Así, en esta primera parte, se abordan dos problemáticas que han tenido eco en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por un lado, la monitorización de los medios informáticos puestos a disposición del empleado. Por otro, el control del trabajador a través de los sistemas de videovigilancia. De ambas cuestiones se dará cumplida cuenta en este trabajo, analizándose cuáles son exactamente los derechos confrontados y las soluciones a adoptar para alcanzar el adecuado equilibrio entre los intereses en juego.

Palabras clave: Poder de dirección, medios informáticos, control, derechos del trabajador, video vigilancia.

SUMARIO: 1. A modo de introducción. 2. La monitorización de los medios tecnológicos e informáticos puestos a disposición del empleado. 2.1. La facultad fiscalizadora del empresario: justificación. 2.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: la necesidad de establecer una política de uso de medios informáticos y su alcance. 2.3. La doctrina del Tribunal Constitucional: la devaluación del juicio de proporcionalidad. 2.4. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: hacia una mayor rigurosidad en el examen de la medida fiscalizadora empresarial. 2.5. La STS de 8 de febrero de 2018: ¿realmente *Barbulescu II* no añade “nada sustancial” a la doctrina tradicional del Tribunal Supremo? 3. El control a través de videovigilancia: la STEDH de 9 de enero de 2018 (caso *López Ribalda* y otras *vs* España) y su confrontación con la doctrina constitucional. 4. Bibliografía.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Digitalización y Trabajo: el impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social” (DER2017-82444-R).

** Profesora Contratada Doctora (Titular acreditada) Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante.

“Transparent” workers: employers’ supervisory powers *vs* employees’ fundamental rights (I)

ABSTRACT: In this study, we examine the impact of information and communication technologies on employers' supervisory power and workers' fundamental rights. The work is divided into two parts. In this first part, we address two issues that have resonated in the European Court of Human Rights' case law: the monitoring of IT resources made available to employees and worker control through video surveillance systems. Both issues are reviewed in depth as we analyse which specific rights are affected as well as the solutions to achieve an adequate balance between the interests at stake.

Key Words: Management power, IT resources, control, workers' rights, labour rights, video surveillance.

1. A modo de introducción

Sin lugar a dudas, la implantación de la digitalización en las empresas ha tenido un fuerte impacto en las relaciones laborales. No sólo es que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación hayan facilitado y optimizado con mucho el proceso productivo empresarial, sino que las consecuencias de ello ya se han hecho notar en los trabajadores y en su vida profesional y personal. De hecho, de acuerdo con un reciente informe de Eurofound-OIT del año 2017¹, los profundos cambios tecnológicos ya estarían provocando un alargamiento de la jornada laboral, una mayor intensidad de trabajo o la intromisión del trabajo remunerado en los espacios y tiempos normalmente reservados para la vida personal, con lo que ello implica para la conciliación de la vida laboral con la personal y la familiar. Y ello sin olvidar, que es lo aquí nos interesa, que la simple utilización del ordenador de la empresa, del teléfono móvil del trabajo o de la tableta, de las redes sociales o del correo electrónico permiten acumular una ingente cantidad de datos, personales y profesionales, del trabajador que, valorados en su conjunto, permiten al empresario hacerse una idea bastante fiable del perfil de empleado que tiene en su plantilla, de sus opiniones, comportamientos laborales y personales y opciones de vida. El trabajador se vuelve “transparente”² entonces para su empresario y, en este punto, es donde se puede plantear -y de hecho, se plantea- el conflicto entre la facultad fiscalizadora del empresario y los derechos fundamentales del trabajador, principalmente la intimidad (art. 18.1 CE), pero también el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el derecho al honor o a la propia imagen (art. 18.1 CE). Dónde acabe una y empiecen los otros es una cuestión problemática que en absoluto es extraña en sede judicial, habiendo sido resuelta tradicionalmente con la aplicación al caso del criterio de proporcionalidad y últimamente con el de la “expectativa razonable de confidencialidad”. No obstante, con la incorporación de instrumentos de control tecnológicamente avanzados que refuerzan el poder de vigilancia empresarial y, por ende, su facultad sancionadora, no está de más cuestionarse acerca de si deben exigirse, como así parece plantear el

¹ Disponible en http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_544226/lang-es/index.htm.

² Sobre este concepto, vid. Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 121-126 y Rodríguez Escanciano, S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 65-69.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, unos controles más estrictos que sirvan de contrapeso a la cada vez más invasiva capacidad fiscalizadora empresarial. Este trabajo, dividido en dos partes, pretende profundizar sobre el tema, tratando de situar adecuadamente los fallos de las últimas sentencias dictadas sobre el particular. En esta primera parte, se abordará, de un lado, la monitorización de los medios informáticos puestos a disposición del empleado y, de otro, el control del trabajador a través de los sistemas de videovigilancia. De ambas cuestiones se dará cumplida cuenta en este trabajo, analizándose cuáles son exactamente los derechos confrontados y las soluciones a adoptar para alcanzar el adecuado equilibrio entre los intereses en juego.

2. La monitorización de los medios tecnológicos e informáticos puestos a disposición del empleado

2.1. La facultad fiscalizadora del empresario: justificación

Como es bien sabido, a través del contrato de trabajo se formaliza jurídicamente la desigualdad real que en el plano económico existe entre el empresario y el trabajador. El poder que la mera realidad económica otorga al empresario se legitima por medio del contrato, en el que el trabajador, ajeno a los medios de producción y a los resultados de su trabajo, acepta de antemano una relación de dependencia a cambio de un salario.

Pero, además, el contrato implica habitualmente la incorporación del trabajador a una organización productiva, la empresa. El reconocimiento de ésta como institución básica del sistema y la atención que se le dispensa para que sea rentable añade a la situación de subordinación del trabajador nuevos elementos de supeditación jurídica, manifestaciones de poderes empresariales que se basan en presupuestos jurídicos ajenos y anteriores al contrato mismo. Tales presupuestos hay que buscarlos, evidentemente, en la consagración en nuestro texto constitucional de la libertad de empresa en el marco de una economía libre de mercado; libertad que, además de dar carta de naturaleza al empresario, en cuanto propietario de los medios de producción, le otorga un genérico poder dirigido a lo que se viene llamando “organización del trabajo en la empresa”. Se trata de un poder de organización o de dirección, en sentido amplio, que es intrínseco a la figura del empresario y, por ende, irrenunciable. Y se manifiesta a través de una serie de específicos poderes, facultades o derechos mediante los cuales el ordenamiento se encarga de articular su ejercicio, bien referido a

la organización general del trabajo (estableciendo políticas de contratación, clasificación profesional, salariales, de control de la actividad, de ordenación del tiempo de trabajo, de prevención de riesgos laborales, etc.), bien dirigido a disponer de las concretas obligaciones contractuales (mediante su determinación, modificación, suspensión o extinción de las mismas).

Ligado, pues, a ese poder de dirección empresarial, se encuentran los poderes de vigilancia y control de la actividad laboral, poderes cuyo ejercicio siempre ha generado cierta controversia judicial por su más que probable choque con los derechos fundamentales del trabajador. En relación con esta facultad, el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) dispone que el empresario “podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. La aplicación de este precepto³ y de los mecanismos de control que, en su virtud, se puedan desplegar, requiere la búsqueda de un equilibrio entre todos los derechos e intereses en juego; equilibrio, ello no obstante, que, en numerosas ocasiones, es difícil de alcanzar, como se ha demostrado cuando del control de los instrumentos tecnológicos e informáticos propiedad de la empresa se trata habida cuenta del nivel de litigiosidad alcanzado.

Así las cosas, resulta obligado plantearse cuáles son las pautas o criterios que deben seguirse para verificar que la actuación empresarial en este contexto es ajena a cualquier lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Tales pautas no las encontramos en la normativa, puesto que, más allá de las previsiones contenidas en algunos convenios o códigos de conducta, no existe precepto legal alguno que regule específicamente el uso por parte de los trabajadores de los medios tecnológicos e informáticos (ordenadores, correo electrónico, tabletas, smartphones, Whatsapp, Intranet, redes sociales) propiedad de la empresa. Por lo tanto, debe acudir a la jurisprudencia y doctrina constitucional y europea para dilucidar cómo y con qué alcance las empresas pueden fiscalizar legítimamente tales instrumentos y la utilización, profesional o personal, que los trabajadores realicen de ellos⁴.

³ Y no del art. 18 ET, pues éste se refiere a los registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares y no a los medios propiedad de la empresa sobre los que el empleador ostenta lógicamente facultades de control sobre su utilización, que incluyen también su examen (STS de 26 de septiembre de 2007, Rec. n. 966/2006).

⁴ Ya advertido por Sala Franco, T., “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las

2.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: la necesidad de establecer una política de uso de medios informáticos y su alcance

En la importante sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (Rec. n. 966/2006), en la que se resuelve sobre el uso personal del ordenador y de la red de Internet de la empresa para navegar por páginas poco seguras y absolutamente ajenas al ámbito profesional, se sienta la base de que existe un hábito social generalizado de tolerancia con el uso personal moderado de los medios informáticos facilitados por la empresa y que esa situación de tolerancia genera una expectativa razonable de intimidad o confidencialidad para el trabajador; expectativa de intimidad, por cierto, que no sólo se extendería al correo electrónico, sino también a los archivos personales del trabajador e, incluso, a los archivos temporales por poderse contener en ellos informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada del trabajador (ideología, orientación sexual, aficiones personales, afinidades políticas, etc.).

En consecuencia, si el empresario quiere controlar el uso del ordenador por parte del trabajador, debe establecer previamente las reglas de uso de esos medios (con prohibiciones absolutas o parciales) e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que se van a utilizar, así como de las medidas que se adoptarán para garantizar la efectiva utilización laboral del medio.

Lógicamente, de esta doctrina deriva una consecuencia lógica: si, a pesar de todo, el ordenador (o, por extensión, cualquier instrumento tecnológico propiedad de la empresa) se utiliza para usos privados en contra de las prohibiciones impuestas y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que se ha vulnerado la expectativa razonable de intimidad del trabajador. Pero es que, además, esta sentencia supone que entrará en juego otro criterio, más allá del consabido juicio de proporcionalidad, para ponderar si el empresario ha hecho un uso lícito de su facultad de fiscalización: la calidad y la cantidad de la información o de las instrucciones que haya suministrado a sus empleados sobre el particular. Ello quiere decir que no procederá un examen excesivamente rigorista de los medios de vigilancia empleados si el empresario ha cumplido proporcionando una completa información

nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV., *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, La Ley, 1999, p. 205.

sobre el uso que puede o no puede hacerse de los instrumentos informáticos y tecnológicos de su propiedad. Y, al contrario: de no mediar tal información o no de ser lo suficientemente clara o precisa, el control sobre la facultad fiscalizadora del empresario deberá ser más severo y concluir seguramente en la intromisión ilegítima a la intimidad del trabajador y, en su caso, en la consideración como nula de la prueba obtenida y llevada a juicio.

Esta doctrina se consolida en sentencias de 8 de marzo (Rec. n. 1826/2010) y 6 de octubre de 2011 (Rec. n. 4053/2010), siendo ésta última la que introduce una matización que conviene apuntar por el paso adelante que comporta. Así, se señala expresamente que la terminante prohibición de uso personal de los medios informáticos implica que ya no exista tolerancia empresarial y que decaiga para el trabajador la expectativa razonable de intimidad de la que antes se ha hablado. Y ello con independencia -y aquí viene la salvedad- del nivel o de la calidad de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control de los medios y el alcance de la monitorización. De este modo, del simple hecho de que exista una prohibición absoluta de utilización personal de tales instrumentos cabrá extraer que puedan estar lícitamente sometidos a la vigilancia empresarial y que si el trabajador, a pesar de todo, los utiliza para fines personales, debe ser consciente que no le ampara garantía de confidencialidad alguna.

2.3. La doctrina del Tribunal Constitucional: la devaluación del juicio de proporcionalidad

El planteamiento que antecede fue acogido por el Tribunal Constitucional, que pasó de exigir que la medida de fiscalización empresarial superara el triple juicio de proporcionalidad para ser considerada legítima (SSTC 292/1993, de 18 de octubre y 98/2000, de 10 de abril) a reforzar las posibilidades de control y vigilancia y favorecer, así, la posición empresarial. Así, se dictamina, en sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, que la prohibición de instalar programas informáticos en el ordenador de la empresa implica, por derivación, que quede prohibido el uso personal de este instrumento y que, en consecuencia, decaiga para el trabajador toda expectativa razonable de intimidad y se admita la injerencia empresarial en los mensajes⁵. Por otro lado, la sentencia

⁵ Como señala el Tribunal, “la prohibición expresa de instalar programas en el ordenador de uso común se conculca por la recurrente y otra trabajadora, quienes instalaron el

170/2013, de 7 de octubre, da un paso más allá (criticable a mi modo de ver por la situación de vulnerabilidad en la que deja al trabajador)⁶ y señala que basta con que el convenio colectivo aplicable señale que “el correo electrónico es de exclusivo uso profesional” y sancione su utilización para fines personales para que resulte legitimada la monitorización del sistema sin mediar información o comunicación alguna sobre las reglas de uso y control de las herramientas informáticas propiedad de la empresa⁷.

En cualquier caso y antes de entrar en las importantes sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conviene hacer referencia a la matización introducida por la STS, Sala de lo Penal, de 16 de junio de 2014 (Rec. n. 2229/2013) en la que se resolvía sobre un posible acto delictivo llevado a cabo por el trabajador y sobre la validez

programa de mensajería instantánea denominado *Trillian*. Por tanto, no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial” (Fundamento Jurídico n. 6). A partir de este presupuesto, se niega el carácter secreto de las comunicaciones controvertidas y se admite la injerencia empresarial en los mensajes, descartándose la vulneración del art. 18.3 CE y también del art. 18.1 CE, porque fueron las propias trabajadoras quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones. La sentencia, con todo, cuenta con un voto particular que discrepa del sentir mayoritario de la Sala y en el que se señala que “la trasgresión de una orden empresarial de prohibición de instalación de sistemas de mensajería electrónica o de empleo de los existentes para un fin ajeno a la actividad laboral, no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción. En otros términos, la infracción de las ordenes empresariales tolera la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, pero ni consiente la vulneración directa de derechos fundamentales al amparo del incumplimiento de la orden empresarial, ni tampoco las intromisiones empresariales enderezada a verificar o comprobar la existencia de las comunicaciones”.

⁶ En el mismo sentido, Terradillos Ormaetxea, E., “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Social*, n. 80, 2017, p. 156.

⁷ Señala así el Tribunal que “la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe. En el supuesto analizado la remisión de mensajes enjuiciada se llevó, pues, a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE” (Fundamento Jurídico n. 4).

penal de una prueba consistente en el registro del correo electrónico corporativo de aquél.

En esta sentencia, la Sala parte de la base de que el art. 18.3 CE es claro y tajante cuando afirma que sólo por resolución judicial puede decaer el secreto de las comunicaciones, no contemplando el precepto “ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (correo corporativo), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia”. Siendo ello así, se concluye que, a los estrictos efectos del ámbito penal, “para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial”. Requisito éste de la autorización, no obstante, que no será necesario respecto de “los denominados datos de tráfico, de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web o de los mensajes una vez recibidos y ya abiertos por su destinatario”.

Parece, por tanto, que esta resolución vendría a perfilar aún más la potestad fiscalizadora del empresario, recortando sus posibilidades de control sobre el correo electrónico del trabajador. De hecho, podría derivarse que la apertura por el empresario de un mensaje que todavía estuviera en la bandeja de entrada sin leer constituiría un delito penal, habida cuenta de que ese mensaje estaría todavía en curso a su destinatario y, por ello, protegido por el secreto de las comunicaciones. Consecuencia lógica de ello sería que el empresario, si quisiera acometer tal actuación, debería solicitar, siempre y en todo caso, la necesaria autorización judicial.

No entiendo, ello no obstante, que el fallo de esta sentencia tenga que interpretarse de este modo. Al decir de la Sala, su razonamiento lo es a los efectos del procedimiento penal, no, por tanto, a los del social, por lo que parece más razonable sostener que sólo si la infracción cometida por el trabajador excediera del ámbito laboral para pasar a constituir una posible infracción penal, habría de requerirse la intervención judicial. Defender lo contrario y requerir autorización judicial previa para que se pueda fiscalizar el uso que los trabajadores dan a los medios propiedad de la empresa quizá sería tanto como vaciar de contenido la facultad de vigilancia y control empresarial consagrada en el art. 20.3 ET⁸.

⁸ Del mismo parecer, Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en...*, *op. cit.*, p. 150 y

2.4. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: hacia una mayor rigurosidad en el examen de la medida fiscalizadora empresarial

Siguiendo con este *iter* jurisprudencial, cabe detenerse ahora en la doctrina acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha dictado en poco espacio de tiempo dos sentencias contrarias entre sí, enmendando la segunda a la primera. Así, en la sentencia de 12 de enero de 2016 (Barbulescu I), se enjuiciaba, como ya es conocido, la validez de un despido producido a consecuencia de un uso personal de un conocido sistema de mensajería instantánea instalado en el ordenador de la empresa y la legitimidad de la monitorización del medio llevada a cabo por el empresario sin advertírsele previamente al trabajador y llegándose a divulgar mensajes privados a terceros. El trabajador demandó a la empresa ante los Tribunales del país (Rumania) por considerar vulnerados sus derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. No obstante, tanto el juez de instancia como el Tribunal superior le negaron su amparo por considerar, básicamente, que la existencia de una prohibición de uso de los medios telemáticos de la empresa para fines personales legitiman *per se* la vigilancia empresarial, siendo este método el único posible para comprobar si los trabajadores cumplen con su labor.

En estas circunstancias, el trabajador plantea demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar vulnerado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que sanciona el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. No obstante, el Tribunal, tras examinar la procedencia de la demanda, confirma las tesis de los Tribunales nacionales sobre la base de que, existiendo una normativa de uso de los medios conocida por el trabajador, éste no puede tener una expectativa razonable de intimidad, no puede esperar, en fin, que sus conversaciones no sean auditadas.

La sentencia, como puede comprobarse, va en la línea de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional anteriormente citadas al reforzar el poder de control del empresario y debilitar la posición del trabajador. Ahora bien, aunque no es lugar para realizar un detallado y exhaustivo análisis de esta resolución, sí cabe

Molina Navarrete, C., “Expectativa razonable de privacidad y poder de vigilancia empresarial: *¿quo vadis* justicia laboral?”, *Estudios Financieros*, n. 399, 2016, p. 180.

detenerse siquiera en dos cuestiones que merecen resaltarse.

Por lo pronto, la misma sentencia arroja dudas acerca de la implementación en la empresa de una correcta y completa política de uso de los medios telemáticos puestos a disposición del trabajador que informe debidamente de la existencia de un control y del alcance del mismo; pero, ello no obstante, el Tribunal prefiere no entrar en ello y sostener que la expectativa razonable de intimidad del trabajador decae ante la existencia de una mera prohibición genérica de uso personal, reconociéndose así una suerte de derecho del empleador, general y abstracto, a monitorizar los medios telemáticos de su propiedad⁹.

Por otro lado, señala el Tribunal que la actuación empresarial fue proporcionada en atención al fin perseguido (demostrar el incumplimiento laboral del trabajador) porque la monitorización se ciñó al examen de las comunicaciones del trabajador, pero no a otros datos y documentos almacenados en el ordenador. Ciertamente, no se puede estar más de acuerdo con quien opina que este criterio no es en absoluto consistente, porque el respeto, por así decirlo, a los demás archivos y documentos existentes no excluye que puedan cometerse actos de injerencia ilegítima en las comunicaciones de mensajería del trabajador¹⁰.

Esta sentencia es enmendada por otra de la Gran Sala del TEDH dictada el 5 de septiembre de 2017 como consecuencia de la petición de reenvío del asunto por parte del demandante y que viene a ser conocida como *Barbulescu II*. La sentencia parte del presupuesto de que el trabajador no fue convenientemente informado acerca de la política de uso de los medios tecnológicos puestos a su disposición por la empresa ni de la extensión del posible control sobre ellos; control, todo hay que decirlo, que el Tribunal considera legítimo para asegurar el buen funcionamiento de la empresa.

No obstante y en cualquier caso, lo que viene a afirmar la sentencia es que la mera existencia de una prohibición de uso de los medios telemáticos de la empresa para fines personales no deben legitimar *per se* la vigilancia empresarial. De este modo, para proceder a la fiscalización de estos medios es necesario, según el TEDH, que los Tribunales nacionales evalúen

⁹ Muy crítico con ello Molina Navarrete, C., “Expectativa razonable de...”, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

¹⁰ Goñi Sein, J.L., “La vigilancia empresarial de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n. 18, 2016, p. 3 (versión *on line*). De la misma opinión es el juez que emite el voto particular de la sentencia, quien considera que la actuación fiscalizadora empresarial fue desproporcionada al divulgarse a terceros los mensajes privados del trabajador y al tener esta decisión efectos indirectos drásticos en su vida personal y social.

si la medida empresarial supera el siguiente test:

- a) Debe valorarse si existió una información previa y clara a los trabajadores de las medidas de control que pueden utilizarse, de su alcance y de su puesta en práctica.
- b) Debe valorarse el grado de fiscalización empresarial y su extensión, tanto temporal como material.
- c) Debe valorarse si existe un motivo legítimo que justifique la monitorización, al ser una medida invasiva e intrusiva.
- d) Debe juzgarse si existen otras medidas alternativas menos intrusivas y más respetuosas con la vida privada del trabajador y demás derechos fundamentales.
- e) Debe evaluarse qué uso le da el empresario a los datos obtenidos como consecuencia de la monitorización y si ese uso es legítimo para conseguir la finalidad que se pretenda.
- f) Deben existir garantías para el trabajador, de tal modo que si se accede al contenido de sus comunicaciones debe haber sido previamente notificado. Igualmente, ha de valorarse, en aras del principio de transparencia, si la medida de fiscalización se ha realizado al inicio del procedimiento sancionador y no después.

A la luz de estas pautas, el Tribunal llega a la conclusión de que la empresa, al controlar las comunicaciones del trabajador, vulneró el art. 8 CEDH. En primer lugar, porque el demandante no parece que hubiera sido informado con antelación “del alcance y de la naturaleza del control efectuado por la empresa o de la posibilidad de que la empresa tuviera acceso al contenido de sus comunicaciones”. En segundo lugar, porque el grado de fiscalización fue excesivo, al registrar el empresario “en tiempo real todas las comunicaciones hechas por el demandante durante el período de vigilancia, que tuvo acceso a ellas y que imprimió el contenido”. En tercer lugar, porque no se comprobó suficientemente por los Tribunales nacionales “la existencia de razones legítimas que justificaran el establecimiento de un control de las comunicaciones del trabajador”. Tampoco se examinó suficientemente y en cuarto lugar, “si el objetivo perseguido podía haberse logrado mediante métodos menos intrusivos que el acceso al contenido mismo de las comunicaciones del demandante”. Además y en quinto lugar, no se examinó “la gravedad de las consecuencias de la medida de control y del procedimiento disciplinario que se siguió”. Finalmente, no se comprobó “si, cuando compareció el trabajador para que explicara el uso que había hecho de los recursos de la empresa, el empresario había tenido ya acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión”.

Ciertamente, con la plasmación de estos cánones, puede decirse que la

sentencia representa un punto de inflexión en la materia que nos ocupa, pues el control de los medios telemáticos debiera regirse ahora por unos estándares más estrictos que los aportados por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, no siendo suficiente, en consecuencia, para destruir la expectativa de confidencialidad, la mera prohibición del uso del ordenador para fines personales. Así es, la doctrina del TEDH vuelve a recuperar el principio de proporcionalidad -quizá dejado a un lado por las sentencias nacionales antes comentadas- para juzgar la licitud de la medida fiscalizadora empresarial; y se recupera de una forma más rigurosa, exigiendo mayores y más estrictos condicionantes que, en mi opinión, juegan a favor de las dos partes del conflicto, trabajador y empresario, pues de lo que se trata es de buscar el mejor equilibrio entre los derechos e intereses de uno y de otro y de que ambos, en aras al principio de buena fe que debe regir en la relación laboral, sepan a qué atenerse¹¹. Ello se consigue implementando, a través de los convenios colectivos, de los contratos o de los códigos de buenas conductas, una política de uso de los medios tecnológicos en la que se determine de forma previa¹², clara y concreta tanto los límites a los que deben sujetarse los trabajadores como el alcance y extensión, material y temporal, de la vigilancia que se quiera practicar y las posibles sanciones a aplicar. Una política, además, que será conveniente actualizar periódicamente o siempre que fuera necesario habida cuenta de la evolución tan rápida de las tecnologías de la información y de la comunicación¹³.

La transparencia que debe regir en este asunto se erige, pues, en elemento fundamental para legitimar la facultad fiscalizadora del empresario. Tanto que, de faltar, parece meridianamente lógico entender que no tendría sentido continuar con el examen de legitimidad de la medida empresarial¹⁴. No obstante, y suponiendo que en el caso concreto exista esa transparencia que el TEDH reclama, también es relevante que se proporcionen razones suficientes que justifiquen la intromisión (no

¹¹ En sentido similar, Molina Navarrete, C., “El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *Ius Labor*, n. 3, 2017, p. 296.

¹² A salvo, obviamente, de los posibles controles extraordinarios que se quieran practicar por la sospecha de comisión de ilícitos (v. gr. hurtos, competencia desleal, revelación de secretos) y que la empresa, para garantizar su eficacia, habría de mantener en secreto.

¹³ Sobre los rigores de la implementación de esta política de uso, puede leerse con mayor detalle Blázquez Agudo, E.M^a., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 173-175.

¹⁴ De la misma opinión, Terradillos Ormaetxea, E., “El principio de proporcionalidad como...”, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

bastando, entonces, motivos abstractos o la mera conveniencia)¹⁵ y que la medida que se adopte sea, dentro lo posible, la menos gravosa posible para el derecho fundamental afectado¹⁶, recayendo la carga de la prueba sobre este hecho, a mi entender, en el empresario en aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria.

Por lo demás, no debe obviarse que en esta materia han de entrar en juego también las normas y principios contemplados 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, de reciente entrada en vigor. En la medida en que los sistemas de control empleados recogen y almacenan información o datos no sólo de carácter profesional, sino también de carácter personal del trabajador¹⁷, será necesario que el empresario de, también, estricto cumplimiento a las exigencias propias de la protección de datos, entre ellas, la transparencia informativa por la que se le obliga a suministrar al trabajador la identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante, los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento o el plazo durante el cual se conservarán los datos personales¹⁸.

Con todo, no se desconoce que, en el curso de este año, concretamente el 22 de febrero de 2018, el TEDH ha dictado otra sentencia que parece entrar en contradicción con la sentencia *Barbulescu II*. En esta sentencia (caso *Libert vs Francia*), el Tribunal entra de nuevo a valorar si la fiscalización que efectúa el empresario en el ordenador del trabajador (aunque de propiedad de la empresa) vulnera el art. 8 CEDH.

¹⁵ Se podría argumentar, por ejemplo, la introducción de virus en el sistema informático de la empresa, el bajo rendimiento de los empleados a causa de las distracciones, los costes económicos para la empresa, etc.

¹⁶ Desde luego, no es lo mismo controlar el flujo de la información o el ancho de banda que consume el trabajador que el contenido de la información en sí, siendo éste último un método más gravoso para la intimidad del trabajador. No obstante, habrá determinados casos en los que, por las circunstancias concurrentes, el único modo de conocer si ha habido un uso personal y extralimitado del medio telemático sea conociendo el contenido de esos mensajes. Ciertamente, la medición del flujo de la información no permite comprobar qué tipo de uso, personal o profesional, se realiza del medio en sí. Sobre ello, vid. Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “La segunda sentencia del TEDH en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de Información laboral*, n. 1, 2018, p. 11 (versión *on line*).

¹⁷ Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos R/01755/2013.

¹⁸ Entre otros y en el mismo sentido, Goñi Sein, J.L., “La vigilancia empresarial de...”, *op. cit.*, p. 8.

En concreto, el caso que se plantea es el del despido de un trabajador del sector público que almacena en el ordenador de la empresa una serie de archivos, calificados como “personales”, con material pornográfico y una serie de certificados falsos expedidos en favor de terceros. Los Tribunales franceses entendieron que no se había vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador porque existía base legal para que el empresario procediera a la fiscalización del ordenador. Y es que según normativa interna francesa, el empresario puede acceder, en aras de su poder de control de la actividad laboral, a los ficheros que se encuentran en el ordenador de la empresa que utiliza el trabajador, a salvo de aquéllos que éste hubiese calificado como “privados”. A ellos sólo podrá acceder previo consentimiento del trabajador o en su presencia. No siendo éste el caso (ya se ha dicho que el trabajador los había calificado de archivos “personales”), los Tribunales internos ratifican la decisión del empresario de fiscalizar el ordenador del trabajador sobre el entendimiento de que aquél tiene la legítima facultad de asegurarse que sus empleados utilizan los medios informáticos puestos a su disposición de acuerdo con las obligaciones contractuales y la normativa aplicable.

El conflicto llega al TEDH, quien, tras analizar los hechos, coincide con las autoridades judiciales nacionales en afirmar que el control efectuado por el empresario es totalmente lícito, justificado y proporcionado por las razones expuestas anteriormente (que para el Tribunal son “pertinentes y suficientes”). Añade, además, que el trabajador había contravenido de forma frecuente el código deontológico de la empresa, documento que contemplaba el uso profesional de los medios tecnológicos puestos a disposición de los empleados, pero que toleraba de manera puntual un uso personal de los mismos, lo que no sucedía en el presente caso¹⁹.

Repárese en que la resolución parece seguir la línea de la sentencia *Barbulescu I*, en la que, si se recuerda, el Tribunal señalaba que la actuación empresarial fue proporcionada en atención al fin perseguido, que era demostrar el incumplimiento laboral del trabajador en aras al legítimo propósito del empresario de controlar el uso que le dan sus empleados a los medios tecnológicos puestos a su disposición. Ello no obstante, difiere, y esto es evidente, de los criterios sentados por la sentencia *Barbulescu II*, por lo que no es de extrañar que sea previsiblemente recurrida ante la Gran Sala con el fin de unificar doctrina. Sea como fuere, lo cierto es que el TEDH, en esta última sentencia, ha sentado unos criterios más rigurosos y estrictos que los que venían

¹⁹ Concretamente, el trabajador había almacenado 1562 archivos pornográficos que representaban un volumen de 787 megabytes durante un período de cuatro años.

aplicando los Tribunales españoles sobre el control por la empresa de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores. Ello conduce irremediabilmente a defender una reforma del art. 20.3 ET por la que se adapte su tenor, demasiado genérico y apoyado en conceptos muy amplios, tanto a la doctrina emanada por el TEDH (de aplicación a España por mor del art. 10.2 CE)²⁰ como a la nueva realidad tecnológica, en constante evolución²¹. Hasta que eso ocurra habrá que ver cómo aplican los jueces nacionales los más rigurosos estándares de evaluación que propone el Tribunal de Estrasburgo, lo que nos lleva al examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 (Rec. n. 1121/2015).

2.5. La STS de 8 de febrero de 2018: ¿realmente Barbulescu II no añade “nada sustancial” a la doctrina tradicional del Tribunal Supremo?

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018, dictada en unificación de doctrina, se cuestiona sobre si la medida empresarial dirigida a revisar los correos electrónicos de un trabajador es acorde tanto con la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional (particularmente en su sentencia 170/2013), como con la fijada por la Gran Sala del TEDH en su sentencia Barbulescu II²².

En el supuesto de hecho enjuiciado, la empresa procede al despido disciplinario de un trabajador por la comisión de faltas muy graves tipificadas en el art. 54.2.d) ET (transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza)²³; faltas de las que la empresa tuvo constancia a través

²⁰ También STC 155/2009, de 25 de junio.

²¹ Petición también realizada, entre otros, por Casas Baamonde, M^a.E., “Informar antes que vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 2, 2018, p. 119.

²² Por su trascendencia, se cita y explica esta sentencia del Tribunal Supremo. No obstante, no se desconoce que, anteriormente, el juzgado de lo social n. 19 de Madrid ya había tenido la oportunidad de aplicar los criterios de la sentencia Barbulescu II para la resolución del asunto que se le planteaba (sentencia JS n. 19 Madrid, de 17 de noviembre de 2017, Autos 737/2017).

²³ En concreto, se trataba de una vulneración del Código de Conducta y Prácticas Responsables de la empresa Inditex que señala, en uno de sus apartados, que “ningún empleado de Inditex podrá ofrecer, conceder, solicitar o aceptar, directa o indirectamente, regalos o dádivas, favores o compensaciones, en metálico o en especie, cualquiera que sea su naturaleza, que puedan influir en el proceso de toma de decisiones relacionado con el desempeño de las funciones derivadas de su cargo”.

de un “hallazgo casual” por parte de otro empleado y que, para corroborarlas, toma la decisión de revisar los correos electrónicos del trabajador despedido, sin consentimiento ni conocimiento de éste, aportándolos como prueba al juicio. Cabe señalar que la empresa lleva a cabo este control en tanto que cuenta con una clara y concreta política de uso de los medios tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores que limita el uso de los mismos “a los estrictos fines laborales” y prohíbe su utilización para cuestiones personales. Además, es de resaltar también el hecho de que cada vez que los trabajadores acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía y de forma previa a ese acceso, deben aceptar las directrices establecidas en esa política de uso, en las que se vuelve a reiterar que “el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho a adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de sus empleados”. Por lo tanto, en este concreto caso, se da la circunstancia de que el trabajador conocía, por partida doble, que no podía utilizar el ordenador para fines personales y que la empresa podía legítimamente fiscalizar su uso.

El control, por lo demás, se efectúa “examinando ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del trabajador, pero no de modo genérico e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar qué correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación y atendiendo a la proximidad con las transferencias bancarias que se habían realizado a favor del trabajador”.

Los Tribunales de instancia (Juzgado de lo Social n. 1 de A Coruña y TSJ de A Coruña) declararon procedente el despido efectuado. Ello no obstante, la sentencia del Tribunal Superior llega a considerar nulas las pruebas obtenidas a través del correo electrónico del trabajador (no el resto, las anteriores a ese momento) por entender que esta actuación empresarial vulneraba el derecho a la intimidad del trabajador y su derecho al secreto de comunicaciones.

Tanto la empresa como el trabajador recurren al Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Ello no obstante, el recurso de la parte trabajadora no prospera en tanto que la Sala considera que no existe contradicción entre las sentencias de contraste aportadas y la sentencia recurrida del TSJ de A Coruña²⁴. Distinta suerte corre el recurso de la empresa que aporta como sentencia de contraste la anteriormente

²⁴ *In extenso*, Fundamento Jurídico n. 2.

comentada (y criticada) STC 170/2013, de 7 de octubre. Si se recuerda, esta sentencia señala que basta con que el convenio colectivo aplicable contemple que “el correo electrónico es de exclusivo uso profesional” y sancione su utilización para fines personales para que resulte legitimada la monitorización del sistema sin mediar información o comunicación alguna sobre las reglas de uso y control de las herramientas informáticas propiedad de la empresa.

A partir de este punto, la Sala hace el ímprobo esfuerzo de salvar de alguna forma la doctrina plasmada en aquella sentencia y, al tiempo –y ello es lo controvertido de esta resolución–, de recuperar la aplicación del triple juicio de proporcionalidad, que entiende que nunca quedó desautorizado. De este modo, se sostiene, a la vista de las concretas circunstancias del caso enjuiciado, que es “palmario” que la doctrina ajustada a Derecho es “la mantenida por el Tribunal Constitucional en la exhaustiva decisión de contraste”, que coincide “en algunos extremos con la previa jurisprudencia de esta Sala (así, SSTS 26 de septiembre de 2007, 8 de marzo de 2011 y 6 de octubre de 2011)”.

Tras esta declaración, que ya augura cuál será el sentido del fallo (inexistencia de vulneración de derechos del trabajador), el Tribunal repasa algunos de los criterios ya señalados anteriormente: 1) que el poder de dirección del empresario es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (arts. 33 y 38 CE) y se reconoce en el art. 20.3 ET; 2) que en el marco de ese poder, no cabe duda que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión; 3) que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin; 4) que el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad y su ámbito de cobertura viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad; 5) que, existiendo previsión colectivamente fijada sobre prohibición del uso del ordenador para fines personales, debe inferirse que sólo está permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial y que la empresa puede ejercer legítimamente su facultad fiscalizadora por mor del art. 20.3 ET.

La Sala concluye, a la vista de todo lo anterior, que la actuación de la

empresa consistente en supervisar el correo electrónico del trabajador ha sido total y plenamente lícita, básicamente porque cuenta con una concreta y clara política de uso de los medios informático que prohíbe su uso no profesional, porque a los empleados se les recuerda este extremo cada vez que acceden a sus terminales, así como la posibilidad de la empresa de aplicar medidas de vigilancia y, en fin, porque el acceso al correo electrónico se realizó, no de forma indiscriminada, sino de una manera “ponderada” y cuidadosa, utilizando el servidor de la empresa y realizando la búsqueda a través de palabras clave y de la proximidad temporal de los mensajes. Y, en este punto, es donde la Sala recupera la aplicación del juicio de proporcionalidad que parecía haberse olvidado en las sentencias precedentes. En tanto que el control del correo electrónico se realizó de la manera descrita, se afirma que la actuación empresarial supera el juicio de idoneidad (con ella se consigue el objetivo propuesto de constatar un incumplimiento laboral), el juicio de necesidad (no había otra forma más moderada y con igual eficacia para la consecución de aquél propósito) y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (el control fue equilibrado y cauteloso).

La revitalización de este triple juicio para comprobar si la medida empresarial es legítima conduce al Tribunal, a su vez, a mostrarse coincidente con la doctrina sostenida por el TEDH en la sentencia *Barbulescu II*. De hecho, señala que “la conducta empresarial de autos pasa holgadamente el filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige para atribuir legitimidad a la actividad de control que acabamos de enjuiciar”, ya que “las consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste (STS 170/2013), pues sin lugar a dudas los factores que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad requeridos por el Tribunal Constitucional”.

Siendo éste el tenor en el que se expresa el Tribunal, existen, a mi modo de ver, argumentos suficientes para mostrar una posición crítica. En primer lugar, repárese en el contrasentido que supone aceptar como sentencia de contraste una resolución que autoriza a que la mera existencia de una política de prohibición de uso personal de los medios informáticos propiedad de la empresa implique de suyo el ejercicio del poder de vigilancia y control del empresario. Ello ya de por sí contraviene la tesis del TEDH en su sentencia *Barbulescu II* que justo viene a sostener lo contrario.

En segundo lugar, repárese en que no aborda el Tribunal el examen de

uno de los factores que el TEDH considera relevante, la notificación previa al trabajador, entendida como una garantía a su favor, del acceso al contenido de sus comunicaciones. De los hechos probados, se deduce que la empresa revisó los mensajes de correo del trabajador sin conocimiento de éste, pero la Sala no entra a valorar este extremo. ¿Qué consecuencias tendría esta circunstancia sobre la legitimidad de la actuación empresarial? En tercer lugar, en fin, afirma la Sala que la sentencia del TEDH *Barbulescu II* no añade “nada sustancial” a la doctrina tradicional de la aplicación al caso del juicio de proporcionalidad. Ciertamente, si se repasan los factores que según el Tribunal Europeo deben tener en cuenta los Tribunales nacionales para enjuiciar la legitimidad de la medida empresarial se llega a la conclusión de que la mayoría son coincidentes con el consabido juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Pero el valor que hay que concederle, en mi opinión, a la resolución del TEDH es el de conseguir que el análisis de este triple juicio deba realizarse de una forma más rigurosa y exigente por los Tribunales nacionales, que ya no podrán legitimar la medida fiscalizadora empresarial, como se ha dicho antes, sobre la existencia de una política de uso de los medios informáticos, sino que deberán revisar si existe la misma, a continuación, ponderar si aquella supera el triple juicio antes indicado y, finalmente, si se ofrecieron las debidas garantías al trabajador.

3. El control a través de videovigilancia: la STEDH de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otras *vs* España) y su confrontación con la doctrina constitucional

Otra de las medidas que el empresario puede adoptar, en virtud del art. 20.3 ET, para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de sus empleados es la instalación de cámaras de videovigilancia, fijas o móviles, capaces de captar y grabar tanto imágenes como sonidos en el lugar de trabajo. Indudablemente, los derechos que pueden resultar afectados a través de este control son la intimidad del trabajador y su derecho a la protección de datos de carácter personal, por lo que deben aplicarse todas las cautelas posibles para valorar la licitud de la medida empresarial. Cautelas, precisamente, a las que viene a referirse otra de las sentencias del TEDH dictadas recientemente y que es de obligado comentario en un trabajo como éste, la sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otras *vs* España).

El supuesto de hecho que se enjuiciaba era el despido de varias trabajadoras por sustracción de productos de la empresa tomando como

base las imágenes captadas por cámaras de video instaladas en la empresa. Algunas de estas cámaras eran visibles para grabar posibles robos de clientes (de ello se informó a la representación de los trabajadores y a los propios empleados), mientras que otras se mantuvieron ocultas para grabar posibles robos de los empleados y no se informó de su existencia ni a los empleados ni a los representantes. Tras un período de grabación, la empresa citó a las cinco empleadas que aparecían implicadas en los hurtos y todas ellas reconocieron su implicación en los hechos en presencia de los representantes sindicales y del representante legal de la empresa. Además, se les ofreció la posibilidad de suscribir un acuerdo transaccional por el que renunciaban a impugnar el despido a cambio de que la empresa no iniciara acciones penales. Ese pacto fue suscrito por tres de las empleadas.

Ahora bien, no obstante todo ello, las trabajadoras impugnaron los despidos efectuados bajo el principal argumento de que se había vulnerado tanto su derecho a la intimidad como a la protección de datos, pues nunca se les informó de sus derechos de acceso a la información, de rectificación, de cancelación ni de ningún procedimiento de oposición.

Los Tribunales nacionales (juzgado de lo social n. 1 de Granollers y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁵) desestiman las demandas y legitiman la validez del medio probatorio al considerar, en síntesis y con base en la STC 186/2000, de 10 de julio, que la vigilancia encubierta llevada a cabo sin previo aviso a las trabajadoras estaba justificada (al existir una sospecha razonable de robo), resultaba apropiada para el objetivo pretendido (verificar el motivo de las irregularidades entre el stock de productos de la empresa y lo realmente vendido) y era proporcionada (al no existir otros modos más eficaces de ponderar los intereses contrapuestos). Además, el TSJ pone énfasis también en el hecho de que las recurrentes habían reconocido los hechos ante la presencia de la representación de los trabajadores, por lo que la eventual declaración de nulidad de las imágenes aportadas a juicio no podía alterar el resultado del litigio. A mayor abundamiento, no se llega a cuestionar la validez de los acuerdos transaccionales, pues se llega a la conclusión, una vez analizados “minuciosamente”, de que no existía prueba alguna de que mediara coacción en la firma de los mismos.

Las demandantes recurrieron entonces al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, pero los recursos se consideraron inadmisibles debido en un caso a la inexistencia de contradicción entre la STSJ de Cataluña

²⁵ Sentencias de 28 de enero (Rec. n. 4293/2010) y de 24 de febrero de 2011 (Rec. n. 4294/2010).

recurrida y las sentencias aportadas de contraste²⁶ y en otro a la “manifiesta inexistencia de una violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”²⁷.

El litigio llega, en fin, al TEDH alegándose como principal argumento la vulneración del art. 8 CEDH poniéndolo en relación con el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) al haberse realizado una videograbación de las recurrentes en su lugar de trabajo sin informar previamente de ello²⁸. De igual manera, se alega la infracción del art. 6 CEDH al estimarse que el uso como prueba de información obtenida en violación del art. 8 suponía que el juicio en su conjunto llevado a cabo por los tribunales nacionales fuera injusto²⁹.

En cuanto a la vulneración del art. 6 CEDH, el Tribunal considera que no existe tal. Señala que la interpretación correcta de este precepto pasa por valorar “todas las circunstancias del caso, incluido el respeto de los derechos de defensa del demandante y la calidad e importancia de las pruebas en cuestión”. Lo que conduce a preguntarse “si se pudo impugnar la autenticidad de las pruebas y oponerse a su uso, si las pruebas eran de suficiente calidad, lo que implica una investigación sobre si las circunstancias en que se obtuvieron podrían arrojar dudas sobre su veracidad o exactitud, si fueron respaldadas por otro material y si las pruebas en cuestión fueron o no decisivas para el resultado del procedimiento”.

Tras aplicar estos criterios al caso en cuestión, el Tribunal concluye que

²⁶ Autos del TS de 5 de octubre de 2011 (Rec. n. 783/2011) y de 7 de febrero de 2012 (Rec. n. 1369/2011).

²⁷ Providencias de 27 de junio y 18 de julio de 2012. Sobre el inicio del conflicto y las sentencias dictadas por los tribunales españoles, vid., *in extenso*, Rojo Torrecilla, E., “Derecho del trabajador a la privacidad de la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España”, *Derecho de las relaciones laborales*, n. 2, 2018, pp. 137-145.

²⁸ Señala el precepto que debe informarse, de modo expreso, preciso e inequívoco, de la “existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”.

²⁹ Concretamente, el artículo señala que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

“no se ha demostrado nada que respalde la conclusión de que los derechos de defensa de las demandantes no se cumplieran adecuadamente con respecto a las pruebas aducidas o que su evaluación por los tribunales nacionales fuera arbitraria”. Y ello porque, aunque las recurrentes tuvieron la oportunidad de impugnar tanto la autenticidad como el uso de las grabaciones durante los sucesivos juicios, no lo hicieron. Y porque, además, las grabaciones impugnadas no fueron la única prueba en la que se basaron los tribunales nacionales para confirmar la procedencia de los despidos. También se otorgó importancia a las declaraciones testimoniales de otros empleados, de los representantes de los trabajadores, del representante de la empresa y del gerente.

Sí que se estimó, por el contrario, la infracción del art. 8 CEDH. El Tribunal comienza afirmando que “la videovigilancia encubierta de un empleado en su puesto de trabajo, como tal, debe ser interpretada como una considerable intrusión sobre su vida privada”. Por ello, entiende que, como hiciera en su sentencia *Barbulescu II*, debe discernir si se logró alcanzar “un equilibrio justo entre el derecho de las demandantes al respeto hacia sus vidas privadas y el interés del empleador en proteger sus derechos organizacionales y de gestión en lo que se refiere al derecho a la propiedad, además del interés público acerca de la correcta administración de la justicia”.

Pues bien, para responder a esta pregunta examina las circunstancias del caso y reconoce que la medida podría considerarse legítima por existir la sospecha fundada de hurtos en la empresa; ello no obstante, recuerda que “los datos visuales obtenidos implicaban el almacenaje y tratamiento de datos personales, lo cual está estrechamente vinculado al ámbito personal privado” y llama la atención sobre el hecho de que “el material fue procesado y examinado por varias personas que trabajaban para el empleador de las demandantes (entre ellos, el delegado sindical y el representante legal de la empresa) con anterioridad a que las propias demandantes fueran informadas sobre la existencia de las grabaciones”.

Observa, además, el Tribunal que el empresario “no cumplió con su obligación en lo que se refiere a informar a los interesados sobre la existencia de una forma de recogida y tratamiento de datos personales”, como se prevé tanto en el art. 5 LOPD como en el art. 3 de la Instrucción 1/2006 emitida por la Agencia Española de Protección de Datos que especifica que la obligación de información contemplada en el artículo precedente se aplica “a cualquiera que utilizase sistemas de videovigilancia, en cuyo caso, éstos estarían obligados a colocar, en las zonas videovigiladas, un distintivo informativo, y a tener a disposición de los interesados impresos detallando la información prevista en el artículo 5

LOPD”.

Estas previsiones no las tuvieron en cuenta ni el empresario ni los tribunales nacionales, quienes, a pesar de todo, “consideraron que la medida había sido justificada (en el sentido de que existía una sospecha razonable de robo), apropiada para el objetivo deseado, necesaria y proporcional, ya que no existía otra medida más eficiente para proteger los derechos del empleador interfiriendo en menor medida con el derecho de las demandantes al respeto hacia su vida privada”. A consecuencia de ello, el Tribunal europeo, por seis votos a favor y uno en contra³⁰, condena a España por vulneración del art. 8 CEDH, ya que, “en una situación donde el derecho de cada afectado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la videovigilancia encubierta estaba claramente regulado y protegido por la ley, las demandantes tenían unas expectativas razonables de privacidad”. A mayor abundamiento, llama la atención sobre el hecho de que la videovigilancia encubierta se había efectuado de forma indiscriminada, estando dirigida “a la totalidad del personal que trabajaba en las cajas, con una duración de semanas, sin límite de tiempo y durante todo el horario laboral”³¹ y considera, en fin, que “los derechos del empleador podrían haber sido salvaguardados, al menos hasta cierto punto, mediante la utilización de otros medios, concretamente informando a las demandantes, incluso de un modo general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia, y proporcionándoles la información descrita en la LOPD”.

Con independencia de que esta última afirmación sobre la existencia de una medida alternativa más inocua sobre la privacidad de las trabajadoras pueda cuestionarse (si de lo que se trata es de confirmar sospechas de hurto y de sancionar al infractor no parece que hubiera dado resultado otro tipo de vigilancia, una vigilancia advertida por así decirlo), lo que pone de nuevo sobre la mesa esta sentencia del Tribunal de Estrasburgo es la necesidad de que los trabajadores, tal y como señala Barbulescu II,

³⁰ La sentencia cuenta con un voto particular que, en síntesis, viene a decir que el CEDH no debería amparar actuaciones abusivas y contrarias a derecho de los trabajadores, pues “los comportamientos ofensivos son incompatibles con el derecho a la vida privada en virtud del Convenio, [lo que significa que] debe prevalecer el interés público de la sociedad y que la salvaguarda contra la ilegalidad y la arbitrariedad debe limitarse a proteger de una interferencia abusiva”.

³¹ Establece aquí diferencias el Tribunal entre este asunto y el caso Köpke (Köpke *v.* Alemania, sentencia de 5 de octubre de 2010) donde avaló la video vigilancia encubierta porque, primero, no había regulación legal que fijara “las condiciones bajo las cuales un empleador podía recurrir a la videovigilancia de un empleado para investigar un delito”, y segundo, porque “la medida de vigilancia se aplicó durante un tiempo limitado (se realizó a lo largo de dos semanas) y únicamente estaba dirigida a dos empleados”.

sean convenientemente informados acerca de la medida de vigilancia implantada por la empresa. Hasta tal punto ello es así que puede afirmarse, como se ha señalado por la doctrina³², que este deber de información forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal.

Este dato es importante señalarlo porque supone desautorizar la doctrina que el Tribunal Constitucional había asentado en su sentencia 39/2016, de 3 de marzo³³, sentencia, por cierto, citada por el TEDH en el caso López Ribalda. Por señalar los antecedentes del caso, de lo que se trataba era de discernir sobre la nulidad o procedencia del despido de una trabajadora sobre la que existían sospechas de que se estaba apropiando de efectivo. Por ello, la empresa, tras advertir irregularidades contables al cuadrar la caja, decidió instalar una cámara de videovigilancia enfocando al puesto de trabajo; instalación que no se comunicó a los trabajadores, si bien en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el correspondiente distintivo informativo. Tras la comprobación de las imágenes en las que efectivamente se apreciaba a la trabajadora apropiándose de dinero, se procede a su despido. La trabajadora impugna la decisión empresarial, solicitando la declaración de nulidad, sobre la base de que no existía comunicación al público ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videograbación, ni tampoco comunicación a la Agencia de Protección de Datos, ni comunicación o informe previo del comité de empresa de la instalación de la videograbación.

Pues bien, aquí el Tribunal, rompiendo con su doctrina anterior en la que exigía una información clara y concreta a los trabajadores del sistema de control implantado y de su finalidad³⁴, declara que basta para cumplir con el deber de información previa que se deriva de la LOPD con “la colocación en las zonas videovigiladas de un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible que incluya una referencia a la ley de protección de datos, una mención a la finalidad para la se tratan los datos (“zona videovigilada”) y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se

³² Casas Baamonde, M^a.E., “Informar antes que vigilar. ¿Tiene el Estado...?”, *op. cit.*, p. 115.

³³ Seguida por sentencias de 31 de enero (Rec. n. 3331/2015) y de 2 de febrero de 2017 (Rec. n. 554/2016). Para un análisis en particular, vid. Taléns Visconti, E., “Videovigilancia en el trabajo: una vuelta a la jurisprudencia clásica”, *Trabajo y Derecho*, n. 21, 2016, pp. 1-9 (versión *on line*).

³⁴ STC 29/2013, de 11 de febrero.

refieren los arts. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999³⁵. Y ello “sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”.

Parece claro que, con las sentencias Barbulescu II y López Ribalda en la mano, esta “escueta” información sobre la existencia de cámaras de grabación parece que deslegitimaría *per se* el control efectuado por el empresario, pues no se habría dado efectivo cumplimiento a la obligación de transparencia, específica, no genérica, abstracta o presunta, que recae sobre éste.

Por lo demás y al hilo de lo anterior, la sentencia López Ribalda también pone de relieve la importancia de evaluar la medida empresarial de vigilancia a través del prisma que supone el juicio de proporcionalidad, lo que supone dar un segundo toque de atención al Tribunal Constitucional. Y es que, de nuevo en la sentencia de 3 de marzo de 2016, se contempla una conclusión que debe quedar ahora desautorizada por las sentencias europeas: la falta de información no implica necesariamente una vulneración de derechos fundamentales si el control efectuado supera el juicio de proporcionalidad³⁶. Es decir, para el Tribunal, el incumplimiento de la obligación de transparencia queda rebajado a mera exigencia formal, pues si la medida de vigilancia se juzga, a la vista de los hechos, idónea, necesaria y equilibrada, se considerará legítima desde el punto de vista constitucional.

Ciertamente, es grave que el propio Tribunal Constitucional desatienda como lo hace el contenido esencial del derecho a la intimidad y a la protección de datos. Como también lo es que se recurra al juicio de proporcionalidad para intentar justificar la legitimidad de una medida de control que resulta ser, ya de inicio, irregular, pero que logra posicionarse por delante de los derechos fundamentales del trabajador de una forma

³⁵ Previsión ésta, por cierto, que se contempla en el art. 22.4 del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (BOCG de 24 de noviembre de 2017).

³⁶ Así, se señala que “el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada” (Fundamento Jurídico n. 3). Y se insiste, a continuación, en que “aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia que implica el tratamiento de datos, persiste el deber de información del art. 5 LOPD. Sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar, para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad” (Fundamento Jurídico n. 4).

tan flagrante como incoherente con los mandatos constitucionales³⁷. Se podría alegar que la protección que se le debe dispensar a los derechos fundamentales no puede suponer a la postre otorgar “carta blanca” a los trabajadores que hubiesen cometido actuaciones irregulares por reprochables laboralmente. Pero, aunque ello en cierta manera pueda compartirse y fuera causa suficiente para legitimar la videovigilancia encubierta (siempre que existiera una razón excepcional de peso que lo justificara y siempre que el control fuese limitado en el tiempo y selectivo, no indiscriminado y atemporal como se evidenciaba en el caso enjuiciado por el Tribunal europeo)³⁸, lo cierto es que pesan sobre el empresario determinados deberes legales que debe cumplir escrupulosamente y más ahora, en estos momentos, con el nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, que aumenta la obligación de transparencia que debe regir en la materia y refuerza el control de las personas sobre sus propios datos.

4. Bibliografía

Blázquez Agudo, E.M^a., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Casas Baamonde, M^a.E., “Informar antes que vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 2, 2018, pp. 103-119.

Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “La segunda sentencia del TEDH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de Información laboral*, n. 1, 2018 (versión *on line*).

Goñi Sein, J.L., “La vigilancia empresarial de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n. 18, 2016 (versión *on line*).

Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

³⁷ De la misma opinión, Terradillos Ormaetxea, E., “El principio de proporcionalidad como...”, *op. cit.*, pp. 157 y 158. También se pronuncia en el mismo sentido el voto particular con el que cuenta la STC 39/2016, de 3 de marzo.

³⁸ También de esta opinión, Molina Navarrete, C., “De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?”, *Estudios Financieros*, n. 419, 2018, p. 135.

- Molina Navarrete, C., “De Barbulescu II a López Ribalda: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?”, *Estudios Financieros*, n. 419, 2018, pp. 125-135.
- Molina Navarrete, C., “El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *Ius Labor*, n. 3, 2017, pp. 287-297.
- Molina Navarrete, C., “Expectativa razonable de privacidad y poder de vigilancia empresarial: ¿*quo vadis* justicia laboral?”, *Estudios Financieros*, n. 399, 2016, pp. 171-180.
- Rojo Torrecilla, E., “Derecho del trabajador a la privacidad de la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España”, *Derecho de las relaciones laborales*, n. 2, 2018, pp. 135-152.
- Rodríguez Escanciano, S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- Sala Franco, T., “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV., *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, La Ley, 1999, pp. 201-230.
- Taléns Visconti, E., “Video-vigilancia en el trabajo: una vuelta a la jurisprudencia clásica”, *Trabajo y Derecho*, n. 21, 2016, pp. 1-9 (versión *on line*).
- Terradillos Ormaetxea, E., “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Social*, n. 80, 2017, pp. 139-162.

Vídeo-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI*

RESUMEN: Hace unos años atrás, la STC 29/2013 trató un supuesto similar e interpretó que el empresario debe de informar previamente de forma clara e inequívoca de que las cámaras pueden ser utilizadas con fines laborales. La STC 39/2016 ha cambiado este criterio y considera que no hace falta informar expresamente a los trabajadores, puesto que esta misión se cumpliría con las advertencias y señalización de la existencia de las cámaras. En este sentido, la legalidad de la medida para por la proporcionalidad con la que el empresario realiza el control, por lo que en cierta medida supone un retorno hacia la jurisprudencia clásica.

Palabras clave: Cámaras de vídeo-vigilancia, protección de datos, derecho a la intimidad, información a los trabajadores.

SUMARIO: 1. Marco normativo: derechos constitucionales en liza. 2. El supuesto de la STEDH de 9 de enero de 2018. 3. El contenido jurídico de la STEDH de 9 de enero de 2018. 4. La STC 186/2000 como “marco jurisprudencial” en materia de vídeo-vigilancia en el ámbito laboral. 5. La STC 29/2013 y su nueva doctrina sobre la vulneración del derecho a la protección de datos en el supuesto de cámaras de vídeo-vigilancia fijas. 6. La STC 39/2016: una vuelta a los orígenes. 7. Dos aspectos procesales controvertidos: revisión de hechos probados y la nulidad o improcedencia del despido. 8. Valoraciones finales. 9. Bibliografía.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia.

Videosurveillance and data protection in the workplace: a succession of misunderstandings

ABSTRACT: A few years ago, STC 29/2013 dealt with a similar assumption and interpreted that the employer must previously inform in a clear and unequivocal way that the cameras can be used for work purposes. The STC 39/2016 has changed this criterion and considers that it is not necessary to expressly inform the workers, since this mission would comply with the warnings and signage of the existence of the cameras. In this sense, the legality of the measure for the proportionality with which the employer carries out the control, for what to a certain extent supposes a return to the classic jurisprudence.

Key Words: Surveillance cameras, data protection, right to privacy, worker information.

1. Marco normativo: derechos constitucionales en liza

La tecnología avanza en nuestro tiempo a un ritmo vertiginoso y, con ello, entre otras cosas, también evolucionan los métodos de control empresarial. La vigilancia en el puesto de trabajo es, desde siempre, un tema bastante complejo de abordar cuando se utilizan modernos aparatos para fiscalizar el cumplimiento de la prestación laboral. Esto es así porque en la mayoría de ocasiones tales decisiones suelen chocar frontalmente con algunos de los derechos de la persona considerados como fundamentales -y que también se proyectan dentro de la esfera laboral-. Es el caso, entre otros muchos, de los sistemas de vigilancia a través de cámaras de vídeo, ya sean fijas (permanentes) o instaladas *ad hoc* (temporales o perentorias). A través de dichas grabaciones el empresario pretende evidenciar un comportamiento irregular por parte del trabajador que, de acreditarse, comportará normalmente una sanción disciplinaria. Sin embargo, pese a la asentada implantación de estos métodos de control, la norma jurídico-laboral no ha establecido, por el momento, una regulación concreta y específica que trate de solucionar los problemas que se derivan de este tipo de actuaciones. En este sentido, para resolver las cuestiones jurídicas que guardan relación con la vídeo-vigilancia en ámbito laboral debemos partir de un escenario protagonizado por una relativa anomia y analizar estas situaciones desde un marco jurídico general, donde tradicionalmente se han contrastado dos derechos constitucionalmente protegidos (libertad de empresa y derecho a la intimidad de los trabajadores). Ahora bien, los últimos pronunciamientos judiciales están poniendo el punto de mira en el derecho a la protección de datos de carácter personal, siendo este segundo derecho el que en estos momentos se está intentando perfilar. Por lo tanto, la utilización de videocámaras como un método más de fiscalización del trabajo se enmarca dentro de las facultades de organización y control del empresario, reguladas en el artículo 20.3 ET y colegidas indirectamente de los artículos 35 y 38 CE. Por su parte, desde la esfera de la protección del trabajador, cobra especial importancia el debido respeto de sus derechos fundamentales, en particular, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, consagrados ambos en los artículos 18.1 y 18.4 CE, respectivamente. Desde la normativa específicamente laboral pueden encontrarse, asimismo, algunos preceptos en los que, con carácter general, se previene sobre el respeto de la esfera privada del trabajadores (artículos 4.2 e) ET, 17 ET o 8.11 LISOS), así como, sobre el cometido del Comité de Empresa en esta sede, consistente en emitir un informe ante la implantación y revisión de los sistemas de control del trabajo (artículo

64.5 f) ET). Desde la óptica del derecho internacional y como sustento para recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se aduce el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que recoge el derecho de toda persona al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.

La eventual vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, producida por la grabación de cámaras de vídeo-vigilancia viene siendo reconocida desde hace bastante tiempo y, en cierta medida, conjetura un problema jurídico en cierta medida ya resuelto jurisprudencialmente. Las sentencias marco en España son las emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2000 (SSTC 92/2000 y 186/2000). Sin embargo, recientemente se ha abierto el debate sobre una posible violación del derecho a la protección de datos de carácter personal por esta misma vía. Aunque esta cuestión ya se venía apuntando por algún pronunciamiento judicial aislado, no fue hasta que se dictó la STC 29/2013 cuando el paradigma del derecho a la protección de datos vino a establecerse como otro criterio de suma importancia para tenerlo en cuenta a la hora de ofrecer una solución práctica a las sanciones laborales derivadas de una prueba vídeo-gráfica, siendo que, además, en la citada sentencia se optó por dar un nuevo enfoque a la doctrina clásica del Tribunal Constitucional. Con todo, nuevamente, este mismo órgano judicial ha vuelto a matizar el tratamiento que debe de recibir el derecho a la protección de datos al hilo de la captación de imágenes en el lugar de trabajo, asemejando este asunto al problema evidenciado para el derecho a la intimidad y que ya fue resuelto años atrás. La sentencia en cuestión, es la número 36/2016 que fue dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional e intenta corregir la doctrina fijada en el año 2013, volviendo con ello a la sentencia “marco” del año 2000, es decir, a la 186/2000. Esta sucesión de desencuentros se completa con la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que también ha mudado de aires recientemente y ha vuelto a cambiar de criterio contradiciendo, en parte, a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. La sentencia en cuestión, que será objeto de este comentario, es la STEDH de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda y otros contra España, donde, nuevamente, se debate sobre el uso de las cámaras de vídeo-vigilancia para sancionar las conductas de los trabajadores y su puesta en liza con el derecho a la protección de datos de las personas afectadas por la medida empresarial.

2. El supuesto de la STEDH de 9 de enero de 2018

El supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 9 de enero de 2018 constituye un caso paradigmático en materia de vídeo-vigilancia en el ámbito laboral. Se trata de una cadena de supermercados propiedad de una familia española en la que el empresario fue informado de ciertas irregularidades entre la mercancía almacenada existente y las ventas reales diarias. Concretamente, el supervisor de la tienda identificó pérdidas en exceso por importe de 7.780 euros en febrero, 17.971 euros en marzo, 13.936 euros en abril, 18.009 euros en mayo y 24.614 euros en junio de 2009. El 15 de junio de 2009 el empresario instaló cámaras de vigilancia, tanto visibles como ocultas (también denominadas *ad hoc*). El propósito de las cámaras visibles era grabar los posibles robos de los clientes y estaban colocadas en las entradas y salidas del supermercado. El diseño de las cámaras ocultas era grabar y controlar los posibles robos de los empleados y las mismas enfocaban a las cajas registradoras. La empresa comunicó a sus trabajadores la instalación de las cámaras visibles. Sin embargo no fueron informados de la instalación de las cámaras ocultas (tampoco se dio cuenta al Comité de Empresa). Así las cosas, una vez evidenciada la conducta ilícita, varias trabajadoras fueron despidas los días 25 y 29 de junio de 2009, aduciendo el empresario motivos disciplinarios, pues habían sido captadas por vídeo ayudando a otros compañeros de trabajo y a clientes a robar productos y también sustrayéndolos ellas mismas. Según sus respectivas cartas de despido, habían sido grabadas escaneando productos de la cesta de la compra de los clientes y de otros compañeros de trabajo para después cancelar las compras. Las cámaras de seguridad también les habían grabado permitiendo a los clientes y a otros compañeros de trabajo abandonar el supermercado con productos por los que no habían pagado. Tres de ellas firmaron un acuerdo transaccional, mediante el cual se comprometían a no presentar denuncia por despido improcedente, mientras que, por su parte, el empresario se comprometía a no presentar cargos contra ellas por robo. Pese a ello, estas trabajadoras también terminaron por presentar denuncia ante el juzgado de lo social por despido improcedente.

El recorrido de este supuesto a través de las distintas instancias judiciales internas transitó por la senda de continuas declaraciones de procedencia de los despidos, al considerarse esta medida debidamente justificada y proporcionada. En primer término se pronunció el Juzgado de lo Social nº 1 de Granollers en dos sentencias emitidas el 20 de enero del año 2010 por las que se consideró que el uso de la vídeo-vigilancia encubierta en el

lugar de trabajo sin una comunicación previa a las trabajadoras afectadas y a sus representantes era conforme al artículo 20 ET. Por razones de índole temporal, se apoyó en la STC 186/2000 para justificar su decisión. La segunda de ellas se centró en la validez del acuerdo transaccional. Posteriormente, con fechas de 28 de enero y de 24 de febrero de 2011 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó en sede de suplicación el fallo de la sentencia de instancia. Primero el Tribunal Supremo, alegando falta de contradicción y más tarde el Tribunal Constitucional, rehusaron conocer del asunto.

Finalmente, el caso llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que decidió, una vez reunida su Sección Tercera tras la oportuna deliberación en fecha de 12 de diciembre de 2017, a través de sentencia que vio la luz pública el día 9 de enero de 2018.

3. El contenido jurídico de la STEDH de 9 de enero de 2018

El Tribunal Europeo realiza un somero repaso sobre la legislación vigente en España y demás textos internacionales, así como por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

En primer lugar, la sentencia recuerda que el concepto de vida privada abarca aspectos relacionados con la identidad personal, con el nombre o la imagen de una persona. Dentro de este concepto se enmarca también el tratamiento de los datos obtenidos a través de una grabación de un sistema de vídeo-vigilancia, pudiendo provocarse por esta vía una injerencia sobre el debido respeto a la vida privada que predica el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Entrando ya en el caso concreto, el Tribunal Europeo señala que la vídeo-vigilancia encubierta de un empleado/a en su lugar de trabajo debe ser considerada, como tal, como una importante intromisión en su vida privada. Asimismo, recuerda que en este supuesto la vídeo-vigilancia encubierta se llevó a efecto después de que el supervisor de la tienda detectara pérdidas y se plantearan fundadas sospechas de la comisión de robos por parte de las demandadas, así como por otros empleados y clientes. En mi opinión, estas sospechas fundadas habilitarían al empresario a efectuar un control *ad hoc* sin ningún género de dudas ni afectación a la constitucionalidad de la medida, siempre y cuando sea ejecutado de una forma proporcionada. Ahora bien, al amparo del artículo 5 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el TEDH señala que las demandantes tenían derecho a ser informadas “*previamente de modo expreso, preciso e inequívoco*” de “*la existencia de*

un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ; y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, de su representante”.

En definitiva, TEDH observa que la vídeo-vigilancia llevada a cabo por el empresario, que se prolongó durante un largo periodo de tiempo, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 5 de legislación Española sobre protección de datos. Concretamente, aduce que el empresario debió de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal. En este sentido, argumenta que los derechos del empresario podrían haber sido protegidos, por lo menos hasta cierto grado, si hubiera informando previamente a las demandantes, incluso de una manera general, sobre la instalación de un sistema de vídeo-vigilancia.

En último término, a diferencia de la sentencia *Köpke*, dictada por el propio TEDH, la vídeo-vigilancia encubierta no era la consecuencia de una sospecha justificada contra las demandantes y, en consecuencia, no iba dirigida específicamente a ellas, sino a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas del trabajo¹. En el caso *Köpke* la medida de vigilancia estuvo limitada en el tiempo -se llevó a cabo durante dos semanas-, y sólo dos empleados fueron el objetivo de la medida. En el presente caso, sin embargo, la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha general contra todo el personal en vista de las irregularidades que habían sido previamente detectadas por el encargado de la tienda. Ahora bien, en mi opinión este dato no restaría, en absoluto, eficacia a la medida, pues entiendo que sería indiferente el ámbito subjetivo de la grabación, es decir, a las persona/s que vaya dirigida. Naturalmente, cuando la sospecha se tiene sobre uno o varios trabajadores en particular será a éstos a los que se dirigirá la cámara. Por su parte, si se tiene constancia de una sustracción pero no se sospecha de ningún trabajador en particular, lógicamente, la medida pasará por grabar la zona del ilícito,

¹ Para algunos autores, la falta es la clave de dicha sentencia, es decir, lo que definitivamente le inclinó hacia la vulneración del derecho, en contraposición a la doctrina anterior fijada en el caso *Köpke*: Baviera Puig, I. y Castiella Sánchez-Ostiz, J., “Las cámaras de videovigilancia ante la comisión de ilícitos por parte de los trabajadores: ¿Es necesario avisar al trabajador?”, *Actualidad Jurídica Arañzadi*, n. 937, 2018, p. 1 (BIB 2018/6128).

precisamente para intentar determinar la persona o personas implicadas. Por lo tanto, este argumento aducido por el TEDH es, en mi opinión, carente de toda razonabilidad. Sí que es un dato importante la dirección y duración de la grabación, en tanto en cuanto por esta vía sí que se podría quebrar la razonabilidad de la medida empresarial. En este sentido, se debe de analizar si la grabación se ha reducido al tiempo estrictamente necesario para advertir del ilícito y su enfoque o área vigilada está justificada, siendo que, por esta vía sí que entiendo que podría entenderse vulnerado el derecho a la intimidad o, en su caso, a la protección de datos, si no se supera el test de proporcionalidad.

4. La STC 186/2000 como “marco jurisprudencial” en materia de vídeo-vigilancia en el ámbito laboral

La STC 186/2000, de 10 de julio de 2000², conoció de un supuesto de vídeo-vigilancia que se llevó a cabo a través de la instalación de una cámara *ad hoc* y donde se debatió la eventual vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, que fue despedido tras la constatación de la comisión de un ilícito a través de dichas grabaciones. La citada sentencia dejó constancia de la forma en la que se debe de actuar en estos casos, a la hora de valorar si el derecho a la intimidad ha resultado conculcado o no. En este sentido, según el TC, el punto de partida para poder instalar una cámara *ad hoc* parte de la previa existencia de serias sospechas sobre la comisión de ciertas irregularidades por parte de uno o varios trabajadores. Esta circunstancia demostraría que la medida estaría justificada. Pero además, junto con ello, como se está valorando la posible lesión de un derecho fundamental, la legitimidad de la medida adoptada no podría quedarse simplemente ahí, sino que ha de superar también un triple test de proporcionalidad. En este sentido, el órgano judicial debe de valorar que la medida -instalación de la cámara- es *idónea*, es decir, que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto; que sea *necesaria*, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para verificar si el trabajador ha cometido las irregularidades sospechadas; y que sea *equilibrada*, es decir, que de esta actuación se deriven más ventajas que perjuicios y que, por regla general, viene representándose por el carácter esporádico, aislado o focalizado de la filmación (este último representaría un juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Además, en el caso de

² La STC 186/2000 debe poner en relación con la STC 98/2000, conocida también como la del Casino La Toja.

instalación de cámaras *ad hoc* el TC consideró que no hace falta informar al Comité de Empresa, ni mucho menos al trabajador afectado, pues en caso contrario se terminaría por frustrar el objetivo de la medida planteada, consistente en controlar la actividad a través de una cámara de video-vigilancia. Por lo que respecta a la comunicación previa al Comité de Empresa, el TC consideró que carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, constituyendo un asunto de legalidad ordinaria³.

En consecuencia, el empresario tiene que anticipar este proceso para “asegurarse” que la medida de control proyectada es correcta y “evitar” de este modo que posteriormente un órgano judicial pudiera declararla no ajustada a derecho y dejar con ello sin efecto la sanción impuesta al trabajador. Con todo, la casuística en estos casos podría llegar a ser bastante amplia, razón por la cual no tardaron en llegar pronunciamientos que albergaban distintas soluciones, si bien, todos ellos respetaban el esquema de razonamiento planteado por parte de la STC 186/2000 (y en cierta medida por la STC 98/2000), que fue acogido prácticamente sin fisuras. Siguió esta tesis, entre otras, las sentencias del TSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2005, rec. 4617/2005 y de 23 de febrero de 2011, rec. 6643/2010, del TSJ de Islas Canarias de 30 de abril de 2009, rec. 218/2008 o del TSJ de Madrid de 12 de marzo de 2012, rec. 5929/2011. La doctrina judicial no se quedó ahí, sino que también extendió esta forma de proceder para los casos en los que las cámaras que servían de base para ejecutar la sanción laboral eran fijas, es decir, que ya estaban previamente instaladas en la empresa. Es el caso, por ejemplo, de las sentencias del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de marzo de 2001, núm. 1050/2001, del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2005, rec. 5549/2005, del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 18 de septiembre de 2006, rec. 1479/2006, del TSJ de Madrid del 17 de abril de 2009, rec. 5665/2008, del TSJ de Islas Baleares de 4 de septiembre de 2009, rec. 265/2009, del TSJ de Andalucía, Granada, de 25 de enero de 2012, rec. 2924/2011 o del TSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2012, rec. 2691/2012. Todas ellas entraron a valorar si existían sospechas fundadas sobre la comisión de alguna irregularidad laboral y aplicaron el argumento del triple test de proporcionalidad. En este sentido, respecto al carácter fijo o permanente de las cámaras esta vicisitud no planteaba demasiados problemas, puesto que se venía considerando que los trabajadores eran conocedores de la existencia de las

³ Guerra Rodríguez, L., “Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional”, *Trabajo y Derecho*, n. 29, 2017, p. 3 (del ejemplar obtenido de “Smarteca”).

mismas, siempre y cuando dichos aparatos estuvieran señalizados con los carteles exigidos por la normativa de protección de datos, que venían a colmar los requisitos de información sobre la presencia de cámaras de vídeo-vigilancia. De esta forma, como ha sido destacado con la doctrina, el control a través de estos medios de captación audiovisual puede ser general y permanente, siempre que se justifique de forma suficiente⁴. No cabe perder de vista tampoco que las cámaras fijas son un “ojo aséptico”, es decir, objetivo, y que el contenido de la grabación puede resultar tanto como asidero para justificar una sanción laboral como para comprobar la regularidad de la conducta, así como, en su caso, también para evidenciar posibles ilícitos empresariales y actuar en determinados casos en favor de los trabajadores. En definitiva, en vista del diferente alcance finalista, subjetivo y temporal de estas modalidades de monitorización, nuestros tribunales efectúan un test de proporcionalidad para valorar la posible intromisión en el derecho a la intimidad⁵.

5. La STC 29/2013 y su nueva doctrina sobre la vulneración del derecho a la protección de datos en el supuesto de cámaras de vídeo-vigilancia fijas

Estando prácticamente asentado y sin fisuras el *modus operandi* acabado de comentar, en el año 2013 el TC dictó una sentencia que cambió radicalmente este escenario y que, en principio, resultaba aplicable únicamente para los casos en los que el control empresarial se ejercita mediante cámaras fijas. El supuesto de hecho que sirvió de base al pronunciamiento del TC consistió en un trabajador que prestaba servicios en la Universidad de Sevilla y sobre el que existían sospechas fundadas acerca del incumplimiento de la jornada laboral. Para comprobar esta circunstancia el empresario se sirvió de las cámaras de vídeo-grabación (fijas y móviles) que ya existían previamente en la Universidad para controlar los accesos al recinto (éstas contaban con la debida señalización y advertencias públicas). El trabajador firmaba las hojas de control de entrada y salida haciendo constar que entraba a las 8:00 horas y salía a las 15:00 horas. Mediante la captación efectuada por las cámaras se constató que, efectivamente, el trabajador entraba y salía a deshoras no siendo

⁴ Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 39, 2014, p. 5.

⁵ Pérez Canet, A., “De nuevo, sobre la videovigilancia como una medida de control de la actividad laboral”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2018, p. 2 (BIB 2018/6061).

ciertas las que éste consignaba en las hojas de control horario. Por este motivo, se le impusieron al trabajador tres sanciones que le acarrearán una suspensión de empleo y sueldo de tres meses por cada una de ellas.

Para resolver este supuesto el TC trató, en primer lugar, de dilucidar si la grabación de imágenes entra dentro del concepto terminológico “dato de carácter personal”, protegido, como sabemos, por el artículo 18.4 CE. En este sentido, siguiendo lo establecido en el artículo 3, apartados a) y c) de la LOPD, así como por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre de la AEPD, el TC asintió que “*la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada*”. Posteriormente, pasó a definir el concepto de derecho a la protección de datos, sirviéndose para ello de la STC 292/2000. En esencia, el núcleo esencial de este derecho consiste en ser informado sobre quién posee los datos personales de la persona y con qué fin están siendo almacenados. Sentado lo anterior, el TC recuerda que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales. Finalmente, resuelve el caso concreto considerando que era necesaria una “*información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad del control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida*”. De esta forma, en opinión de la STC 29/2013, de 11 de febrero de 2013, no contrarrestaría esta exigencia el hecho de que existieran distintivos que advirtieran de la presencia de cámaras, puesto que, de lo que se tendría que informar es de su utilización para fines laborales. En fin, la citada sentencia consideró que con esta actuación el empresario había vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal declarándose, en consecuencia, nulas las sanciones impuestas al trabajador. Para el TC, al lesionarse el derecho a la información previa, que considera dentro del núcleo esencial del derecho a la protección de datos, no hace falta aplicar el principio de proporcionalidad⁶. Como ha destacado la doctrina, el resultado no deja de ser paradójico, puesto que lleva a una solución por la vía del artículo 18.1 CE y a otra bien distinta por el número 4 de este mismo precepto⁷.

La sentencia cuenta con un voto particular en el que se reprocha, en primer lugar, que la mayoría se hubiera apoyado únicamente en la STC 292/2000 y no en la STC 186/2000, siendo que, el derecho a la intimidad y el de la protección de datos se encuentran interconectados y por ello la

⁶ Guerra Rodríguez, L., “Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional”, *op. cit.*, p. 5 (del ejemplar obtenido de “Smarteca”).

⁷ Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 7.

argumentación del segundo pronunciamiento también serviría para resolver sobre la protección de datos. Se advierte, asimismo, que la Universidad de Sevilla contaba con diecinueve autorizaciones para utilizar las videocámaras y sus soportes o ficheros. Una de estas autorizaciones estaba consentida, precisamente, para “*el control de acceso de las personas de la comunidad universitaria*”. Se critica en último término que no se hubiera tomado en cuenta el poder de dirección que ostenta el empresario para vigilar las obligaciones laborales del trabajador y a partir de ahí realizar un juicio ponderativo sobre la medida adoptada y su afectación o no de los derechos fundamentales en liza.

Aunque la solución a la que llegó la STC 29/2013 no sea, en mi opinión, la más satisfactoria desde el punto de vista jurídico y práctico⁸, no tardó en ser acogida por parte de los tribunales inferiores, que se vieron avocados a cambiar el criterio que venían manteniendo a la luz de esta nueva doctrina emitida por parte del TC. Es el caso, por ejemplo, de las sentencias del TSJ de Asturias de 23 de mayo de 2014, rec. 797/2014, del TSJ del País Vasco de 18 de junio de 2013, rec. 1039/2013 y 14 de abril de 2015, rec. 420/2015, o del TSJ de la Comunitat Valenciana de 27 de septiembre de 2015, rec.2084/2015. No obstante, también podemos encontrar otras sentencias que se mostraron reticentes a la aplicación de esta nueva doctrina (como es el caso de las sentencias del TSJ de Cataluña de 25 de junio de 2014, rec. 2007/2014 y 24 de noviembre de 2014, rec. 4131/2014) y otras que consideraron, con buen criterio, que en los supuestos prácticos en los que el empresario optó por instalar cámaras *ad hoc* el análisis jurídico y forma de proceder debía de guiarse por lo dispuesto en la STC 186/2000 y no por la STC 29/2013, que quedaría simplemente como patrón de medida para resolver los conflictos en los que las cámaras sean fijas (en este sentido, pueden traerse a colación las sentencias del TSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015, rec. 4362/2014 y 23 de febrero de 2015, rec. 3612/2014).

Especialmente reveladora del acogimiento de la tesis mantenida por la STC 29/2013 fue la STS de 13 de mayo de 2014, recud. 1685/2013. El supuesto de hecho conocido por parte del TS consistió en una trabajadora de supermercado que procedió fraudulentamente a la anulación de tickets de compra, extremo que fue constatado a través de las cámaras fijas instaladas en los lineales de caja y que, según el responsable de personal de la empresa, no estaban preparadas para la vigilancia de los trabajadores,

⁸ *Vid.* Taléns Visconti, E.E., “Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero de 2013”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 33, 2013.

sino para la disuasión de terceros y que algunas funcionaban y otras no. El TS confirmó la nulidad del despido alegando que no se dio información a la trabajadora sobre la posibilidad de que con dichas cámaras se podían adoptar medidas de índole laboral, extremo que tampoco se hizo saber a los representantes de los trabajadores. En fin, se adujo que la ilegalidad de la conducta no desaparecería por el hecho de que las cámaras seas apreciables a simple vista.

En este orden de cosas, el panorama doctrinal en materia de vídeo-vigilancia dentro del lapso temporal que transita entre la STC 29/2013 y la reciente STC 39/2016 pasaba por la distinta valoración según el carácter permanente de las cámaras. Así, de un lado, para los casos en los que la prueba había sido obtenida a través de una cámara instalada *ad hoc* había que seguir el procedimiento de resolución planteado por la STC 186/2000 que, en esencia, se centra en la existencia de sospechas fundadas en la comisión de alguna irregularidad laboral y en la superación de un triple test de proporcionalidad. De otro lado, para analizar los supuestos en los que la prueba del ilícito descansaba en la grabación a través de cámaras fijas había que atender a la doctrina fijada por la STC 29/2013 que suponía que la legitimidad de la sanción pasaba por la previa información, realizada de forma expresa al trabajador de que dicha cámara podía ser utilizada con fines laborales, por más que la misma cuente con todas las exigencias reglamentarias y todos permisos de la AEPD.

6. La STC 39/2016: una vuelta a los orígenes

Posteriormente, con fecha de 3 de marzo de 2016, el Tribunal Constitucional se constituyó en Pleno para abordar el problema de la vídeo-vigilancia y corregir la doctrina de la STC 29/2013, dictada por su Sala Primera. El supuesto de hecho consistió en un descuadre de caja en una conocida tienda de ropa, razón por la cual el empresario decidió instalar una cámara dentro del recinto de trabajo que controlara la caja, ubicándose en un lugar visible y con el respectivo distintivo informativo. A través de dicha grabación se constataron las irregularidades cometidas por parte de una trabajadora consistente en la apropiación de una cantidad de dinero fruto de unas operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas de ropa.

El Pleno del TC discute acerca de la protección de datos de carácter personal y sostiene que el consentimiento del afectado es el elemento definidor de este derecho, si bien, el artículo 6.2 LOPD salva este requisito cuando *“se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una*

relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Por este motivo, para el TC el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a un segundo plano, pues se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de los datos sea, como señala la norma reproducida, necesario para el mantenimiento y cumplimiento del contrato. En este sentido, el tratamiento de datos dirigido al control de la actividad laboral entra dentro de esta excepción, ya que estaría relacionado con el cumplimiento de la misma. Por su parte, para cualquier otra finalidad ajena a este propósito sí que sería necesario recabar el consentimiento del trabajador. Así las cosas, según afirma el TC *"el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad y control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3 TRLET"*. En esencia, el consentimiento se encuentra implícito en la aceptación del contrato de trabajo, lo que implica el reconocimiento del poder de dirección del empresario.

En este orden de valores, esta cuestión debe de volverse a focalizar poniendo en relación los artículos 33 y 38 CE (y 20.3 ET) con los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, lo que supone trasladar a cada supuesto práctico un juicio de ponderación. Para ello, primero se tendrá que dar cumplimiento a la normativa sobre instalación de cámaras: poner en un lugar visible el distintivo informativo exigido por la Instrucción AEPD 1/2006, de 8 de noviembre; y tener a disposición de los interesados impresos donde se detalle la información prevista en el artículo 5.1 LOPD⁹. Estas exigencias colmarían el obligado requisito de la información facilitada al trabajador, rompiéndose en este punto con lo determinado por la STC 29/2013 que reivindicaba que se diera una información previa, expresa, clara e inequívoca de la finalidad laboral de las grabaciones. En estos momentos, el TC, a través de la STC 39/2016, determina que no hace falta especificar *"más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control"*. En este sentido, para la mayoría del TC lo determinante va a ser si el dato obtenido es utilizado para controlar la relación laboral, en cuyo caso no se precisa de consentimiento, o si por el contrario dicho tratamiento no guarda relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, ya que en estos casos el empresario quedaría

⁹ Algunos autores han criticado es sistema, por considerar que el distintivo colocado en el escaparate no permite conocer la finalidad del control de la actividad laboral para la que si instalan las cámaras, *v.gr.* Ferrer Serrano, R.L., "Videovigilancia e información personal de los trabajadores", *Revista de Información Laboral*, n. 12, 2017, p. 7 (BIB 2017/5498).

constreñido a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados. Esto es así porque el requisito informativo quedaría colmado con la debida señalización de las cámaras fijas instaladas en el seno de la empresa.

Como he anticipado, esta interpretación no desdibuja, en absoluto, la necesidad de proyectar en todos estos casos un test de proporcionalidad sobre la medida de control empresarial adoptada. Antes al contrario, la STC 39/2016 viene a reforzar este *modus operandi*, que ya fue asentado por la citada STC 186/2000, con independencia de que las cámaras de vídeo-vigilancia sean *ad hoc* o sean fijas. Por lo tanto, para efectuar un control a través de estos dispositivos será necesario que existan sospechas fundadas sobre la comisión de algún tipo de irregularidad laboral (en el supuesto conocido por la STC 39/2016 se trataba de identificar si algún trabajador de la tienda se estaba apropiando de dinero de la caja). Pero, además, posteriormente, habrá que atender a la estricta observancia del principio de proporcionalidad (en el supuesto resuelto por el TC la medida era *idónea*, pues pretendía verificar si algunos trabajadores cometían las irregularidades sospechadas; era *necesaria*, ya que la grabación podía servir de prueba para constatar tales irregularidades; y era *equilibrada*, porque se limitó exclusivamente a la zona de la caja). Por todo ello, el TC llegó a la conclusión de que no se produjo ninguna lesión sobre los derechos fundamentales de la trabajadora y, en consecuencia, el despido efectuado estaba bien realizado (o lo que es lo mismo, se declare procedente).

No en vano, cabe advertir que la STC 39/2016 cuenta con 2 votos particulares (un total de tres Magistrados que discrepan de la solución alcanzada por la mayoría). El primero de ellos niega que el problema deba de resolverse a través de la lógica ponderativa sometida al principio de proporcionalidad, pues parte de la base de que los poderes empresariales no son expresiones directas de los artículos 33 y 38 CE y que en ningún caso pueden restringir el contenido esencial de los derechos del artículo 18 CE. Asimismo, expresa que el artículo 5 LOPD no puede prevalecer sobre el derecho fundamental del artículo 18.4 CE y que una norma reglamentaria no puede influir sobre el mismo. En suma, a juicio del Magistrado que emite este voto particular, el despido debió calificarse como nulo por no haberse cumplido con el deber de información que impone al empresario directamente el artículo 18.4 CE. El segundo voto particular realiza una consideración parcial, ya que si bien acepta que no sería necesario que la información dirigida a los trabajadores especifique el fin concreto de la vigilancia, no acepta que la información dirigida al público general sea suficiente. Junto con ello, opina que la STC 29/2013 habría que reconsiderarla en paralelo con la evolución de la jurisprudencia

sobre el hallazgo casual y, en fin, que no sería congruente equiparar el supuesto de las cámaras instaladas *ad hoc* ante la sospecha de actos ilícitos con la doctrina del hallazgo casual.

La doctrina fijada por el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 39/2016 ha sido seguida fielmente por Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la STS de 31 de enero de 2017, recud. 3331/20150, declaró la validez de la prueba obtenida mediante cámaras de vigilancia instaladas en el centro de trabajo para justificar un despido, siendo el trabajador perfectamente conocedor de dicho sistema aunque no se le informara expresamente de la finalidad laboral de las imágenes. Del mismo modo, la STS de 1 de febrero de 2017, recud. 3262/2015, declaró la procedencia de un despido amparado en la grabación obtenida mediante unas cámaras de vigilancia existentes en la empresa por razones de seguridad, de la que la persona sancionada era conocedora, sin que haya sido informada del destino que puede darse al tratamiento de la imágenes obtenidas por dicho sistema (en este caso, para justificar el despido disciplinario). Idéntica solución mereció el supuesto conocido por la STS de 2 de febrero de 2017, recud. 554/2016, relativo al despido de un trabajador con base a la prueba obtenida a través de unas videocámaras colocadas en la entrada y espacios públicos de un gimnasio, sin que los trabajadores hayan sido advertidos de su posible uso con fines disciplinarios.

Por lo tanto, en España existe una sólida doctrina jurisprudencial respecto de la prueba que acredita la comisión de un ilícito laboral y que ha sido obtenida a través de cámaras de vigilancia en el sentido de que no resulta necesario informar previamente a los trabajadores de la existencia y finalidad del tratamiento de las imágenes. En cualquier caso, la anterior doctrina no elimina en ningún caso la protección de los derechos a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores, pues en todo caso cabe analizar si existen sospechas fundadas sobre una conducta sancionable laboralmente y tamizar el supuesto concreto proyectando un triple test de proporcionalidad.

Posteriormente, la STEDH de 18 de enero de 2018, interpretando la legislación y jurisprudencia españolas a la luz del artículo 8 del CEDH, llegó a una solución radicalmente contraria a la mantenida por la STC 39/2016 y varias pronunciamientos del TS durante el año 2017, exigiendo nuevamente (como así hizo la STC 29/2013) la necesidad de informar previamente de una forma clara y expresa sobre la finalidad laboral del tratamiento de las imágenes obtenidas a través de las cámaras de vigilancia.

Por el momento, por razones temporales, no hay prácticamente ejemplos

judiciales sobre el acogimiento de la tesis sostenida por el Tribunal de Estrasburgo en la citada sentencia de 18 de enero de 2018. No obstante, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de enero de 2018, rec. 1416/2017 ya se hace eco de la misma en su fundamento jurídico. Sin embargo, aunque finalmente el despido es declarado improcedente y la prueba obtenida a través de las cámaras de vigilancia nula, la decisión de la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha no trae causa en la doctrina judicial europea, sino en la falta de proporcionalidad que, a juicio del órgano judicial manchego adolece la captación videográfica. La desproporcionalidad, según la sentencia referida, se produce por el hecho de que la empresa quiso comprobar un comportamiento que ni siquiera el convenio colectivo de aplicación prevé expresamente como incumplimiento empresarial y, además, porque la filmación tuvo lugar en una caseta independiente de las instalaciones del centro, precisamente, donde se prestaba el servicio de vigilancia por parte del trabajador expedientado (era vigilante de seguridad).

El primer pronunciamiento que se ha inspirado de forma directa en la doctrina de la STEDH de 18 de enero de 2018 ha sido la reciente sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Córdoba, de 20 de abril de 2018, sentencia nº 167/18. Según los hechos probados de la sentencia acabada de citar, resulta acreditado que una trabajadora del Snack-Bar de un Hipermercado había consumido productos destinados a la venta al público durante el transcurso de su jornada laboral sin abonar el importe correspondiente y, junto con ello, que ha incumplido las Normas Higiénico-Sanitarias de obligado cumplimiento para manipuladores de alimentos. Concretamente, la trabajadora se comió una empanada sin abonar el importe de la misma. Asimismo, se observa una continua manipulación de alimentos sin lavarse las manos en ningún momento. A través de la cámara de vídeo-vigilancia (fija) situada en el puesto de trabajo, siguiendo órdenes de la empresa, el servicio de seguridad realizó un seguimiento singular de la trabajadora durante varios días. Según se desprende del tenor literal de la sentencia *“la empresa montó un seguimiento singular de la trabajadora, durante varios días (testifical), a través de una cámara fija orientada sobre la zona de trabajo sin que la trabajadora fuera informada o advertida lo que supone una infracción del derecho fundamental de protección de datos en relación al derecho de información que establece el art. 5 LOPD”*. La anterior conclusión alcanzada por parte del juzgado cordobés viene amparada en la doctrina de la STEDH de 18 de enero de 2018, constituyendo la primera sentencia dictada en nuestro país que acoge directamente la misma. Razón por la cual el despido fue declarado improcedente. Tendremos que esperar el desenlace final de este asunto, en caso de que la resolución judicial de

instancia haya sido impugnada, así como, particularmente, la respuesta que vayan dando otros pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión.

7. Dos aspectos procesales controvertidos: revisión de hechos probados y la nulidad o improcedencia del despido

Antes de pasar al último apartado, centrado en la valoración personal, me gustaría posicionarme, a través de un breve comentario, sobre algunas cuestiones procesales bastante controvertidas y que giran en torno a la prueba obtenida a través de las cámaras de vídeo-vigilancia.

Una primera inconsistencia surge con la opción de que se puedan revisar hechos probados a partir de la filmación realizada a través de las cámaras de vídeo-vigilancia. El problema de fondo deviene porque la LEC no incorpora dentro del artículo destinado a la prueba documental la que esté basada en medios de reproducción de la imagen y, correlativamente, por el hecho de que el artículo 193 LRJS dispone que el recurso de suplicación tendrá por objeto, entre otros: *“revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”*. Sobre el particular pueden aducirse dos tesis o interpretaciones distintas.

Una primera tesis, restrictiva o literal, vendría a negar que se pudieran revisar los hechos probados a través de una grabación realizada con videocámaras, sobre la base de que dicha prueba no es documental. Así lo han venido entendiendo, por ejemplo, las sentencias del TSJ de Madrid de 20 de julio de 2009, rec. 3493/2009 o 12 de marzo de 2012, rec. 5929/2011, argumentando que el artículo 382 LEC regula unos medios de prueba con entidad propios, distintos de los documentos públicos y privados, así como por el hecho de las sucesivas reformas legislativas no hayan afectado al tenor de la legislación procesal social (tampoco con la promulgación de la LRJS). En consecuencia, en esta última sentencia se resolvió la cuestión señalando que *“no es viable la modificación de hechos probados en este recurso a través de instrumentos de grabación, lo que determina por sí solo la desestimación del motivo”*.

Una segunda tesis, extensiva, trataría de asimilar este tipo de prueba a la documental. También podemos advertir alguna sentencia dentro de la jurisdicción social que iría en esta línea, por ejemplo, la dictada por el TSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2011, rec. 6643/2010. *Grosso modo*, esta interpretación se basa en que la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación aconseja que el interrogatorio de partes y testigos no puedan ser revisados por el órgano *ad quem*, pues en éstos reina el principio de inmediación, si bien, una grabación de imagen o sonido es perfectamente

reproducibile ante el órgano superior en las mismas condiciones en las que ha sido examinada por el juez de instancia -del mismo modo que sucede con la prueba documental-. Además, si se negara esta revisión se podría llegar al absurdo de mantener unos hechos probados manifiestamente erróneos. La STS de 13 de mayo de 2014, recud. 1685/2013, dejó pasar una buena oportunidad para profundizar sobre este tema, si bien, la opinión del voto particular emitido sobre la misma comparte esta tesis extensiva, aduciendo que el apartado XI de la Exposición de Motivos de la LEC y la STC 212/2013 apoyarían la idea de que la grabación de imagen y/o sonido sería análoga a la prueba documental. Esta última interpretación -la extensiva- es la que me parece más convincente y la que entiendo que compadece mejor con el tipo de prueba que representan las cámaras de vídeo-vigilancia, que se asemeja en cierta medida a una prueba de naturaleza documental, compartiendo sus características básicas y, por consiguiente, cabría su revisión en sede de suplicación.

La segunda de las inconsistencias vendría predicada por el carácter que cabría otorgar a la prueba obtenida habiéndose vulnerado algún derecho fundamental, en especial, la intimidad o la protección de datos o, dicho de otra forma, si esta contravención provoca la nulidad de la sanción adoptada o simplemente la nulidad de la prueba. Aquí, nuevamente, podrían identificarse dos posturas contrapuestas.

Una primera tesis pasa por entender que la sanción laboral devendría nula por el hecho de haberse afectado a un derecho fundamental. Podemos encontrar esta solución en la STC 29/2013, cuyo Magistrado ponente vuelve, posteriormente, a reiterar esta misma consecuencia en el voto particular emitido frente a la STC (Pleno) 39/2016. Asimismo, la STS de 13 de mayo de 2014, recud 1685/2013 vino a validar una sentencia dictada por el JS nº 6 de Bilbao donde se condenó a la empresa -un supermercado- a pasar por la nulidad del despido por considerar que se vulneró el derecho a la protección de datos por no informarse a los trabajadores de las repercusiones laborales que podían acarrear la grabaciones. En consecuencia, dando por válida la solución alcanzada por el JS posteriormente confirmada por el TSJ del País Vasco, el TS estaría acogiendo (quizás sin quererlo, porque no se pronuncia expresamente sobre la cuestión) la nulidad de la medida empresarial, en este caso, del despido, pues no matiza en ningún momento que el signo del despido deba de ser otro distinto, ni tampoco hace ademán de corregir esta solución (pues simplemente se le limita a confirmar los pronunciamientos anteriores del caso).

Por su parte, existe un nutrido grupo de pronunciamientos judiciales que comparten la idea de que el despido debería considerarse improcedente,

puesto que la solución jurídica debería pasar por entender que la prueba obtenida a través de las cámaras de vídeo-vigilancia sería nula y, por ende, no habría que tener en cuenta su contenido. De esta suerte, si en el caso concreto existieran otras pruebas convincentes sobre la irregularidad cometida por el trabajador, el despido podría llegar a considerarse procedente. Por su parte, si la grabación es la única prueba de cargo el despido debería de calificarse como improcedente. Un ejemplo de la procedencia del despido lo podemos encontrar en la STSJ del País Vasco de 14 de abril de 2015, rec. 420/2015. En este supuesto la prueba obtenida a través de la grabación de las cámaras de vigilancia fue expulsada del proceso por lesionar un derecho fundamental, pero el tribunal llegó al convencimiento de la ilicitud de la conducta del trabajador a través de otros medios de prueba distintos -testificales-. De este modo, la vulneración del derecho fundamental no supuso la nulidad del despido, sino simplemente que esta prueba no fuera tenida en cuenta por parte del juez, quien llegó al convencimiento de la procedencia del despido a través de otros medios probatorios. Lo mismo sucedió por ejemplo, la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2013, donde se admitió la prueba testifical, expulsándose del proceso la consistente en la grabación realizada por un detective privado¹⁰. Por su parte, otros pronunciamientos judiciales han llegado a declarar la improcedencia del despido cuando la prueba efectuada a través de las cámaras de vídeo-vigilancia es la única que se aporta, por ejemplo, las sentencias dictadas por el TSJ de Madrid de 12 marzo de 2012, rec. 5929/2011, el TSJ de la Comunitat Valenciana de 27 de septiembre de 2015, rec. 2084/2015 o TSJ de Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2018, rec. 1416/2017. Dichos pronunciamientos judiciales se basan en los artículos 90.1 LRJS y 11.1 LOPJ, así como en una distinción entre las normativas procesal y sustantiva (artículo 55 ET). Para este grupo de sentencias la nulidad del despido podría venir provocada por el propio acto que conlleve una violación de derechos fundamentales, por ejemplo, cuando se debata acerca de la libertad de expresión o bien a través de un acto empresarial discriminatorio etc. Por su parte, la nulidad de la prueba solamente conllevaría su expulsión del proceso sin provocar con ello la nulidad del despido, sino más bien su improcedencia por ausencia de causa, ya que en estos casos la razón alegada con la prueba de imagen y/o sonido no se entendería como válida.

Tal y como se acaba de esbozar, sobre este asunto existen algunas dudas interpretativas de calado. Desde mi punto de vista, la opción más convincente consiste en considerar que en estos casos la prueba obtenida

¹⁰ STSJ de Madrid, de 5 de julio de 2013, rec. 823/2013.

violando un derecho fundamental sería nula y, en consecuencia, el despido se declararía como procedente o improcedente dependiendo de si existen otros medios para acreditar la conducta ilícita del trabajador sancionado. No cabe perder de vista que solución alcanzado por la STC 29/2013, que apuesta por la nulidad de la sanción, se refiere a la impuesta con suspensión de empleo y sueldo y no sobre un despido disciplinario. Por su parte, la STS de 13 de mayo de 2014, recud. 1685/2013 confirma un pronunciamiento judicial que declaró la nulidad del despido, pero sin entrar a debatir sobre esta cuestión -probablemente porque no se le preguntó-. Más tarde, la STC 39/2016 centra todos sus esfuerzos en intentar corregir la doctrina emitida por este mismo tribunal en el año 2013, pero no se pronuncia sobre la improcedencia o nulidad del despido, más que nada porque declara ajustada a derecho la prueba obtenida a través de las cámaras. Lo mismo sucede en tres sentencias posteriores del TS (de 31 de enero, 1 de febrero y 2 de febrero de 2017, citadas *supra*). En todas ellas se terminó declarando la procedencia del despido al considerar que la prueba videográfica es válida, razón por la cual no hacía falta pronunciarse sobre esta cuestión. Por lo tanto, por el momento, el TS no ha entrado de lleno a valorar la nulidad o improcedencia del despido cuando la prueba obtenida a través de las cámaras de vigilancia ha lesionado algún derecho fundamental. Los tribunales inferiores mantienen posturas diversas, aunque la mayoría de sentencias analizadas han optado por considerar como nula la prueba y no así el despido, que será procedente o improcedente en función del resto del material probatorio aducido en el juicio. En suma, en este punto parece que sigue estando vigente la solución propuesta por la STC 29/2013.

8. Valoraciones finales

En materia de video-vigilancia dentro del ámbito laboral se han ido produciendo, a lo largo de los últimos años, una serie de notorios desencuentros jurisprudenciales que nos dejan un panorama jurídico ciertamente inseguro y algo controvertido.

Hasta el año 2013 los problemas jurídicos relacionados con el control laboral a través de las videocámaras se venían solucionando, pacíficamente, siguiendo los postulados de la doctrina establecida por las SSTC 92/2000 y 186/200. Para resolver todos estos supuestos había que partir de una serie de indicios o sospechas fundadas sobre la comisión de un ilícito laboral por parte de uno o varios trabajadores a los que, naturalmente, el empresario todavía no les había puesto nombre. Una vez

justificada la medida de control por esta vía, el órgano judicial entraba a valorar si la medida empresarial era necesaria, idónea y proporcional (es decir, si superaba el triple test de proporcionalidad). A partir de este método ponderativo, el régimen jurídico era prácticamente el mismo con independencia de que las cámaras que habían servido de base para imponer la sanción eran fijas o *ad hoc*. No en vano, existía una pequeña diferencia en el sentido de que sobre las primeras había que informar a los representantes legales de los trabajadores antes de su instalación, mientras que en las segundas no era necesario, pues de lo contrario la medida empresarial no tendría ningún sentido. La doctrina del TC en su sentencia 186/2000, se proyectó sobre la instalación empresarial de unas cámaras *ad hoc*, pero nunca existieron demasiados problemas a la hora de extenderla a los supuestos en los que la conducta del trabajador se había revelado tras el visionado de unas cámaras fijas. En este sentido, casi todas las sentencias dictadas durante el periodo comprendido entre los años 2000 a 2013 aplicaban un test ponderativo para resolver todos los casos relacionados con este tema y, en su mayoría, pusieron el acento exclusivamente en el derecho fundamental a la intimidad.

Posteriormente, ya en el año 2013, la STC 29/2013 se pronunció sobre la eventual afectación de las grabaciones producidas en el ámbito laboral sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal. En ese momento, la jurisprudencia constitucional dio un giro de ciento ochenta grados, al considerar que la ausencia de información a los trabajadores vulneraba el derecho a su protección de datos y pasó por alto cualquier tipo de análisis sobre la proporcionalidad y adecuación de la medida empresarial. En efecto, la STC 29/2013 resolvió prescindiendo del análisis de las sospechas fundadas y del juicio del triple test de proporcionalidad. En este sentido, el TC consideró que con base en el artículo 5 LOPD los trabajadores debían de ser informados de un modo expreso, preciso e inequívoco de que las imágenes grabadas a través de las cámaras podían ser utilizadas con fines laborales, incluso, aunque hubiera resultado acreditado que el trabajador era perfectamente conocedor de la existencia de las mismas y de que el sistema contara con todas la autorizaciones pertinentes por parte de la AEPD y estuviera debidamente señalado. En mi opinión, es cierto que el artículo 5 LOPD habla de una información expresa, precisa e inequívoca, pero no lo es menos que la propia AEPD dictó una Instrucción (la número 1/2006) en la que aclaraba que el cumplimiento de lo dispuesto genéricamente en este precepto queda colmado en el caso de las cámaras de vídeo-vigilancia con la adecuada señalización de los dispositivos y con la existencia de unas hojas informativas donde se reproduzca el contenido de ese precepto. En ese

momento, desde mi punto de vista, la doctrina fijada por la STC 29/2013 era aplicable, exclusivamente, a los hallazgos producidos a través del visionado de cámaras previamente instaladas en la empresa, pero ningún caso entiendo que resultaba extensible a los supuestos de cámaras *ad hoc*. Se producía por tanto una especie de dualidad interpretativa: de un lado, respecto de las cámaras fijas, donde había que seguir la doctrina de la STC 29/2013 y por ende era necesario informar expresamente a todos los trabajadores del uso de las grabaciones para fines laborales; de otro lado, en el caso de las cámaras instaladas de una forma subrepticia durante un corto espacio de tiempo, había que seguir la doctrina de la STC 186/2000 y realizar un juicio ponderativo, pero sin necesidad de informar a los trabajadores, pues en sentido contrario se frustraría la medida empresarial. Como es de esperar, el TS reaccionó aplicando la doctrina de la STC 29/2013 a los supuestos sanciones laborales revelados a través del visionado de cámaras fijas existentes en el centro de trabajo, como así puso de manifiesto en su sentencia de 13 de mayo de 2014, donde consideró vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos de una trabajadora por el hecho de no haberle informado de la finalidad laboral del sistema de vídeo-vigilancia.

Repetidamente, ya en el año 2016, el TC volvió a pronunciarse sobre este tema y se reunió en Pleno para dictar la sentencia 39/2016 que volvió a los orígenes de la jurisprudencia clásica y corrigió la doctrina de la STC 29/2013. Lo curioso del caso es que al TC le llegó un supuesto relacionado con un despido justificado por la instalación de unas cámaras *ad hoc*, pero la fundamentación de esta sentencia va más allá y extiende su jurisprudencia, también, sobre el régimen jurídico de las fijas. En primer lugar, la STC 39/2016 señala que los trabajadores no deben de prestar ningún tipo de consentimiento sobre el tratamiento de las imágenes, ya que el propio artículo 6 LOPD permite excluirlo cuando esté en juego el mantenimiento del contrato de trabajo. Por lo que respecta a la información previa contenida en el artículo 5 LOPD argumenta el TC que la misma se cumple con la adecuada señalización de las cámaras a través del oportuno cartel reglamentario, sin que sea necesario hacerla llegar de forma expresa a cada trabajador. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, sino se entendiera así, las consecuencias podrían ser muy disfuncionales, porque la práctica totalidad de los sistemas de videovigilancia estarían vulnerando el derecho fundamental del artículo 18.4 CE, dado que normalmente no proporcionan esa información previa¹¹. En resumidas cuentas, tanto en los casos en los que la prueba ha

¹¹ Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., “Trabajo, videovigilancia y controles

sido obtenida a través de cámaras fijas, como instaladas *ad hoc*, la legalidad de la medida empresarial pasará por la acreditación de las sospechas previas sobre una conducta laboral sancionable, así como por el tamiz del triple test de proporcionalidad, que debe de estar presente en cualquier medida empresarial que afecte a un derecho fundamental. Del mismo modo que sucedió con la doctrina de la STC 29/2013, el TS acogió, en tres pronunciamientos emitidos en el año 2017, la jurisprudencia sentada por la STC 39/2016.

Parece que de nuevo había vuelto la calma y que existía cierta seguridad jurídica en esta materia. Pero nada más lejos de la realidad, pues en el año 2018 el TEDH irrumpió en el panorama doctrinal de la vídeo-vigilancia en el ámbito laboral, contradiciendo la sentada jurisprudencia Española y generando cierto desasosiego e inseguridad entre los operadores jurídicos. En su sentencia de 18 de enero de 2018, el TEDH entró a valorar un supuesto en el que la falta de información a los trabajadores se produce sobre las cámaras instaladas *ad hoc* en el lineal de la caja de un supermercado. Efectivamente, ante las importantes pérdidas detectadas en la empresa, se instalaron unas cámaras fijas en la puerta de entrada y salida al supermercado, avisando a los trabajadores de su existencia y otras ocultas que enfocaban a las cajas registradoras que, obviamente, no fueron comunicadas a los empleados. Por lo tanto, el problema que se dio en este punto tuvo que ver con las cámaras *ad hoc* y a juicio del TEDH los trabajadores debieron de ser informados de su instalación con fines laborales. Al no actuar la empresa de ese modo, el TEDH entendió que se había vulnerado el derecho a la protección de datos de carácter personal de las trabajadoras afectadas. Esta doctrina, a mi juicio incorrecta, abre la vía a posicionamientos distintos: de un lado, el mantenido, por el momento, por sentencia del JS nº 2 de Córdoba de 20 de abril de 2018¹², que ha optado por una fiel aplicación de la jurisprudencia europea; de otro lado, la de aquellos otros que pensamos que acogimiento de la sentencia del caso López Ribalda en nuestro país es limitada, por su escasa argumentación jurídica y porque no deja de ser una sanción al Estado por no ponderar adecuadamente los intereses en juego en ese caso concreto; y

informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 9.

¹² En la doctrina, algún autor también ha considerado que la sentencia del TEDH supone una revisión de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y que también habrá de verse afectada la mantenida por el Tribunal Supremo en sus sentencias del año 2017 y que, en definitiva, ahora en adelante los tribunales españoles habrán de ser mucho más exigentes: Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalta y otras c. España”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2018, p. 9 (BIB 2018/6060).

una postura algo más ecléctica que opina que de la STEDH no se deriva una total prohibición de la vigilancia oculta, aunque sí ha de tenderse hacia un uso excepcional y muy limitado de la misma¹³.

En mi opinión, la interpretación jurídica que considero más ajustada a derecho -con la legislación vigente- es la que se desprende del criterio “clásico” del TC, retomado por la STC 39/2016. Entiendo que el debido respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores no puede servir de asidero para mitigar o dejar sin efecto conductas ciertamente irregulares y reprochables por parte de éstos. No tiene demasiado sentido que para sancionar a una persona penalmente se pueda tener en cuenta una grabación realizada a través de vídeo-cámaras, mientras que en el ámbito laboral se exijan unas obligaciones más elevadas, consistentes en informar previamente, de forma inequívoca y expresa a los trabajadores cuando, por lo demás, un análisis cabal sobre la normativa en vigor no parece apuntar hacia esta dirección. No cabe perder de vista que la normativa laboral guarda absoluto silencio en esta materia, más allá de lo dispuesto por el artículo 20.3 ET que habilita al empresario para controlar la actividad laboral. Por su parte, la LOPD predica el principio general de información al interesado y la necesidad de recabar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Ahora bien, respecto a este último requisito es el propio artículo 6.2 LOPD el que excepciona la prestación del consentimiento en los casos del mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, por lo que para la consecución de esta finalidad no es preciso contar con la aquiescencia de los trabajadores. Por lo que concierne al derecho a que los sujetos que deben prestar sus datos sean debidamente informados, la propia AEPD, en su Informe 495/2009, admite que en materia de vídeo-vigilancia resulta imposible obtener el consentimiento de todas las personas captadas por las cámaras. Posteriormente, el Informe 70/2010 de este mismo organismo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006, afirma que en materia de protección de datos y vídeo-vigilancia se cumple con la obligación de información prevista en el artículo 5 LOPD cuando: a) se coloque un distintivo informativo en un lugar suficientemente visible; b) se tenga a disposición de los interesados impresos en los que se detalle el contenido del artículo 5.1 LOPD. Por lo tanto, de todo ello se deduce que no hace falta informar uno a uno a todos los interesados (tampoco, claro está, a los trabajadores). Tampoco cabe perder de vista que las cámaras de vídeo-vigilancia son un

¹³ García Salas, A.I., “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2018, p. 5 (BIB 2018/6596).

ojo aséptico que recoge fielmente la realidad, con imparcialidad, y que por ello pueden servir tanto para desenmascarar un comportamiento antijurídico por parte de los trabajadores, como para protegerlos ante imputaciones falsas o sanciones desproporcionadas. En último lugar, desde mi punto de vista, la protección de los derechos fundamentales no puede ir más allá de lo razonable, por lo que los derechos a la intimidad y a la protección de datos no pueden amparar conductas reprochables que han sido advertidas por una cámara cuya instalación cumple con las normas de la AEPD y su existencia es de sobra conocida por el infractor. Naturalmente, cuando la cámara ha sido instalada *ad hoc* este conocimiento no se producirá, pues de lo contrario jamás se cometería de nuevo la actuación ilícita que ha llevado al empresario a ejercitar su control. Por lo demás, no existen derechos fundamentales absolutos o que sean totalmente infranqueables cuando entran en confrontación con otros derechos constitucionales. Doctrinalmente se ha planteado si es dable que la llevada al extremo de los principios de protección de datos traiga como consecuencia el blindaje de autores de hechos ilícitos¹⁴. Con todo, y como no puede ser de otra manera, el control llevado a cabo por parte del empresario no puede hacerse de cualquier forma y, en mi opinión, en ningún caso va a ser ilimitado ni puede realizarse de una forma arbitraria, antes al contrario, ha de efectuarse de una manera proporcionada y respetando en todo momento los derechos fundamentales de los trabajadores, que en ningún caso no desaparecen con la celebración de un contrato de trabajo. Esta protección de los derechos fundamentales de los trabajadores se produce con la justificación previa del control y su ejecución de la forma menos invasiva posible, evitándose, en la medida de lo posible, el recurso de las cámaras de video-vigilancia cuando su utilización no sea necesaria y, en todo caso, debe de llevarse a cabo de una forma proporcionada (evitándose una monitorización continua de la prestación laboral¹⁵). En definitiva, tales medios de control deben de ser admitidos siempre y cuando se cumpla con el principio de intervención mínima¹⁶, siguiéndose los criterios acabados de comentar.

Seguramente estas conclusiones jurídicas puedan cambiar tras la entrada

¹⁴ García Salas, A.I., “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *op. cit.*, p. 4 (BIB 2018/6596).

¹⁵ Blázquez Agudo, E.M., “La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 43, 2017, p. 3 (BIB/2017/808).

¹⁶ Goñi Sein, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson Civitas, 2007, p. 41.

en vigor del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos (Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril), dado que en el mismo se refuerza la información que debe ser proporcionada a los titulares de los datos personales, entre ellos, claro está, su imagen¹⁷. En este sentido, se ha opinado que con su entrada en vigor se va a exigir el tratamiento expreso para el tratamiento de los datos del trabajador¹⁸. Si bien, en mi opinión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6.1 b) del citado Reglamento, el tratamiento de datos es lícito cuando “*es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte*” (lo que conectaría con la interpretación del TC es su sentencia 39/2016). Por su parte, si prospera el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y perdura, inalterado, el contenido del nuevo artículo 22 del texto pre legislativo. En principio, el artículo 22.4 PLOPD indica que el deber de información se entenderá cumplido con la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. Ahora bien, el apartado 5 se refiere específicamente a la vídeo-vigilancia en el ámbito laboral y permite a los empresarios ejercitar el poder de control a través de esta vía, si bien, señala que éstos “*habrán de informar a los trabajadores acerca de esta medida*”. La jurisprudencia tendrá que determinar, si prospera la Ley, en qué consiste dicha información y si es extensible a todos los casos o sólo a los de las cámaras fijas. En principio, parece que la información debe consistir, simplemente, en noticiar la existencia de cámaras en el centro de trabajo y de las eventuales repercusiones laborales que podrían derivarse del tratamiento de las imágenes obtenidas con las mismas. Esta información podría incluirse como un anexo al contrato de trabajo para nuevos empleados y a los existentes en el momento de la instalación efectuarse a través de una nota informativa (aunque si no se ha hecho en ese momento, entiendo que podría hacerse con posterioridad a la instalación). En mi opinión, esa información no se debería de llevar a cabo cuando se instalen cámaras *ad hoc* durante un corto periodo de tiempo con la finalidad de descubrir al sujeto que ha cometido la conducta objeto de sanción. Aunque no estaría de más que la empresa comunicara, con carácter general, que en el caso de advertir cualquier irregularidad procederá a instalar cámaras para identificar al responsable. El propio artículo 22 PLOPD expresa, en clave de excepción, que “*en el supuesto de que las imágenes hayan captado la comisión flagrante de un acto delictivo, la ausencia*

¹⁷ Bru, P. y Gutiérrez, J., “Sobre la vídeo-vigilancia en el centro de trabajo y el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 932, 2017, p. 1 (BIB 2018/9702).

¹⁸ Blázquez Agudo, E.M., “La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo”, *op. cit.*, p. 7 (BIB/2017/808).

de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia”. En mi opinión, esta excepción iría destinada para su valor probatorio en el proceso penal, en el sentido de que las imágenes captadas sin información probablemente no sirvan para sustentar una sanción laboral, pero sí que tendrían validez para una eventual sanción por la vía penal. Deducir lo contrario sería un completo contrasentido, ya que supondría que el régimen jurídico de la información a cargo del empresario variara en función de si la conducta sancionable laboralmente es delictiva o no. Por ejemplo, supondría que sea obligatorio informar para sancionar por fumar en el lugar de trabajo, cuando esa conducta esté tipificada por el convenio colectivo de aplicación, y en sentido contrario no haga falta hacerlo cuando el trabajador haya cometido hurtos de significativo valor económico. En este sentido, en uno y otro caso, entiendo que el valor probatorio de las imágenes será el mismo dentro de la jurisdicción social. Ahora bien, la ausencia de información en el segundo supuesto no impediría que la grabación pueda ser utilizada como prueba en el proceso penal, sin que dicha omisión la invalide por contravenir el derecho fundamental a la protección de datos.

9. Bibliografía

- Baviera Puig, I. y Castiella Sánchez-Ostiz, J., “Las cámaras de videovigilancia ante la comisión de ilícitos por parte de los trabajadores: ¿Es necesario avisar al trabajador?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 937, 2018, p. 1 (BIB 2018/6128).
- Blázquez Agudo, E.M., “La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 43, 2017, p. 3 (BIB/2017/808).
- Bru, P. y Gutiérrez, J., “Sobre la vídeo-vigilancia en el centro de trabajo y el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 932, 2017, p. 1 (BIB 2018/9702).
- Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A.B., “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 39, 2014, p. 5.
- Ferrer Serrano, R.L., “Videovigilancia e información personal de los trabajadores”, *Revista de Información Laboral*, n. 12, 2017, p. 7 (BIB 2017/5498).

- García Salas, A.I., “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2018, p. 5 (BIB 2018/6596).
- Goñi Sein, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson Civitas, 2007, p. 41.
- Guerra Rodríguez, L., “Ejercicio del poder de control a través de cámaras de videovigilancia: análisis de la doctrina constitucional”, *Trabajo y Derecho*, n. 29, 2017, p. 3 (del ejemplar obtenido de “Smarteca”).
- Pérez Canet, A., “De nuevo, sobre la videovigilancia como una medida de control de la actividad laboral”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2018, p. 2 (BIB 2018/6061).
- Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalta y otras c. España”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2018, p. 9 (BIB 2018/6060).
- Taléns Visconti, E.E., “Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero de 2013”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 33, 2013.

Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada*

Patricia NIETO ROJAS**

RESUMEN: El presente artículo se centrará en la eficacia que ha tenido la Recomendación comunitaria que implanta el sistema de garantía juvenil en relación a la inserción laboral de los jóvenes no cualificados, especialmente en España, habida cuenta que fue el estado miembro que más fondos ha recibido para la aplicación de esta medida. Para ello, se analizarán las reformas legales adoptadas en el marco de las políticas activas de empleo. Tras este análisis se plantearán algunas propuestas de reformas en los servicios de empleo, sociales y educativos que mitiguen el riesgo de desprotección al que se ven abocados estos jóvenes, significadamente los que abandonaron la escuela tempranamente.

Palabras clave: Desempleo, cualificación, garantía juvenil, exclusión social, jóvenes, reformas.

SUMARIO: 1. La extrema vulnerabilidad de los jóvenes no cualificados como punto de partida. 2. Los efectos de la baja cualificación: precariedad laboral y riesgo de exclusión social. 3. La evaluación de su implantación en España. 4. Algunas conclusiones finales. 5. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad “Un Derecho del Trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social” (DER2015-64676-C2-1-P), dirigido por el profesor Mercader Uguina. Una versión preliminar del mismo fue debatida en el XXVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

** Profesora Ayudante Doctora. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento Derecho Social e Internacional Privado. Calle Madrid, 126, 28903, Getafe (Madrid), patricia.nieto@uc3m.es.

Strategy for the social inclusion of young people and European Council Recommendation on Establishing a Youth Guarantee. A comparative approach

ABSTRACT: This paper analyses the European Council Recommendation on Establishing a Youth Guarantee (2013). This Guarantee addresses the so-called ‘NEET’ (Not in Education, Employment, or Training) younger than 25 years of age and stipulates that employment, education or training shall be provided within a period of 4 months and the terms of implantation in Spain. Then, we focused in the measures for “NEET” contained in the Strategy for Entrepreneurship and Youth Employment and in another recent legal reforms. In Spain, as in the rest of the EU, this group covering various situations but our article focuses in people who gave up school in order to work and who are now unemployed and facing serious difficulties for finding a job.

Key Words: European youth guarantee, Spain, NEET, social exclusion, youth unemployment.

1. La extrema vulnerabilidad de los jóvenes no cualificados como punto de partida

La OECD¹ advierte de que un mayor nivel educativo reporta mejores perspectivas laborales, mejores ingresos y se asocia con una mejor autopercepción de salud, capital social y participación política. En promedio, en los países de la OCDE, el 13,7% de aquellas personas que no alcanzaban el nivel de secundaria superior estaban desempleadas mientras que esta tasa se situaba en un 5,3% en los individuos con educación terciaria y en un 8% entre aquellos que contaban con educación secundaria superior o post-secundaria no terciaria.

La OIT² también recuerda que más de 73 millones de jóvenes (entre 15 y 24 años) estaban buscando trabajo en 2014 y que de ellos la proporción mundial de jóvenes que no trabajan, no cursan estudios ni reciben formación es de uno de cada cinco. Y, sin embargo, la experiencia del desempleo o del subempleo en etapas tempranas de la vida tiene profundas consecuencias que pueden perjudicar las perspectivas de vida y de trabajo a largo plazo. A la luz de estos datos, los gobiernos tienen muy buenas razones para evitar que los jóvenes entren en el mercado laboral sin una buena cualificación; es más, muchos países han identificado el problema del abandono temprano de la educación como uno de los mayores retos para sus mercados de trabajo³.

El empleo juvenil, o más bien la falta de él, se configura también como uno de los problemas más acuciantes de la UE. Durante el discurso sobre el Estado de la Unión de 2016, el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, anunció su intención de intensificar los esfuerzos en apoyo de la juventud. En particular, anunció la creación de un Cuerpo Europeo de Solidaridad⁴ como parte de una agenda política más amplia orientada a la inclusión de los jóvenes en la sociedad, afirmando que «no puedo aceptar ni aceptaré que Europa sea y siga siendo el continente del

¹ Organization for Economic Cooperation and Development, *Education at a Glance Interim Report: Update of Employment and Educational Attainment Indicators*, January, 2015.

² La erradicación del desempleo juvenil es una línea estratégica en el Programa de Acción de la Organización Internacional de Trabajo. Véase, a este respecto, el informe elaborado por Steedman, H., *Overview of apprenticeship systems and issues: ILO contribution to the G20 task force on employment*, International Labour Office, Skills and Employability Department, Job Creation and Enterprise Development Department, Geneva: ILO, 2014.

³ Van Daame, D., *¿Cuántos jóvenes dejan la escuela sin alcanzar ninguna titulación?*, Panorama de la Educación: Interim Report 2015, accedido el 8/7/2017 en:

<http://blog.educalab.es/inee/2015/01/19/cuantos-jovenes-dejan-la-escuela-sin-alcanzar-ninguna-titulacion-panorama-de-la-educacion-interim-report-2015/>

⁴ COM (2016) 942 final, de 7 de diciembre.

desempleo juvenil. No puedo aceptar ni aceptaré que la generación del milenio, o “generación Y”, se convierta en la primera generación en 70 años que sea más pobre que sus padres. (...) Seguiremos desarrollando la Garantía Juvenil en toda Europa, mejorando la capacitación de los europeos y llegando a los jóvenes y a las regiones que más lo necesitan»⁵.

El objetivo del presente artículo es analizar cuáles han sido los avances logrados en la disminución del desempleo juvenil, habida cuenta que ya han transcurrido cinco años desde la aprobación del sistema de Garantía Juvenil que debe entenderse como el principal compromiso político adoptado por todos los Estados para luchar contra el desempleo juvenil.

Como bien es sabido, este mecanismo, materializado en una Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, obliga a proporcionar a los jóvenes en el plazo de cuatro meses tras quedar desempleado o dejar la educación formal una oportunidad laboral o educativa.

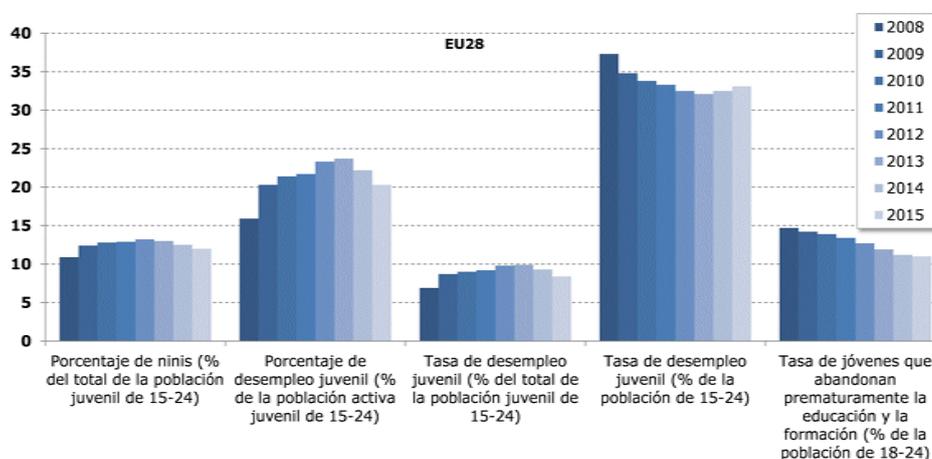
Las primeras evaluaciones destacan como datos positivos que “tres años después de la puesta en marcha de la Garantía Juvenil, en la UE hay 1,4 millones de jóvenes desempleados menos. En 2015, la tasa de desempleo juvenil anual había descendido en 3,4 puntos porcentuales, hasta alcanzar el 20,3 % y el número de jóvenes que ni estudian, ni trabajan, ni reciben formación (ninis) en 1 punto porcentual hasta situarse en una media del 12% en la UE. (...). Estos datos apuntan a que las reformas estructurales del mercado laboral y de las políticas educativas y formativas respaldadas por la Garantía Juvenil han marcado una diferencia”. Ahora bien, esta reducción, positiva en términos generales, enmascara importantes diferencias regionales y lo que es más preocupante no establece suficientes evaluaciones desagregadas entre los jóvenes destinatarios de esta actuación pública y, sin embargo, bien es sabido que los jóvenes que abandonan prematuramente los estudios quedan al margen del mercado laboral e incluso cuando tienen trabajo, ganan menos, suelen tener empleos más precarios, participan menos en el aprendizaje permanente y, por tanto, se reciclan menos profesionalmente.

El pésimo comportamiento del empleo de los jóvenes no cualificados exige a todos los poderes públicos la aprobación de mecanismos de prevención del abandono escolar prematuro. En el seno de la UE, este compromiso se vio materializado en el Pacto Europeo para la Juventud⁶

⁵ COM (2016) 646 final. La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años.

⁶ Comunicación de la Comisión de 30 de mayo de 2005 relativa a las políticas europeas en el ámbito de la juventud; responder a las expectativas de los jóvenes en Europa - Aplicación del Pacto europeo para la juventud y promoción de la ciudadanía activa

mediante el cual todos los Estados se comprometieron a aumentar las tasas de empleo juvenil y a reducir el abandono escolar, cifrando dicho objetivo para el año 2020 en que la tasa de abandono se situase en un 10% y que, al menos, un 85% de los jóvenes de 22 años hubiesen cursado la educación secundaria superior completa al tiempo que se enfatizaba en la necesidad de reforzar la política educativa con un modelo de atención personalizada que integre acciones prospectivas de búsqueda de empleo, orientación y formación. Pero nuevamente los datos proporcionados por Eurostat son preocupantes, pues se cifra en un 12% el porcentaje de jóvenes que ni estudian ni trabajan.



Fuente: Eurostat, EPA

A mayor abundamiento, un informe del Tribunal de Cuentas Europeo, dado a conocer el 4 de abril de 2017, alerta de que “la reducción de la población de jóvenes ninis no se debió al aumento del número de jóvenes empleados. Aunque las tasas de desempleo juvenil hayan descendido en conjunto en los siete Estados miembros visitados, en realidad el número de jóvenes que trabajaban disminuyó en 40.000 entre el primer trimestre de 2013 y el mismo período de 2016. El principal factor que contribuyó a la disminución de la población de ninis fue el número de jóvenes en formación, que aumentó en 315.000 personas durante el mismo período. Este aumento puede explicarse porque los jóvenes tienden a permanecer más tiempo formándose y aplazan su entrada en el mercado laboral durante los períodos de bajo crecimiento económico”⁷.

[COM (2005) 206 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁷ Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 5/2017 (presentado con arreglo al artículo*

2. Los efectos de la baja cualificación: precariedad laboral y riesgo de exclusión social

La propia Comisión Europea⁸ es plenamente consciente de que “hace falta un mayor esfuerzo para ayudar a los jóvenes que están más alejados del mercado laboral, es decir, los nini que siempre han resultado más difíciles de alcanzar (incluso antes de la crisis) y que menos se han beneficiado de las mejoras realizadas hasta la fecha”. Este es el caso, en concreto, de los que se encuentran en situación de pobreza, exclusión social, discapacidad y discriminación, incluidos los que pertenecen a una minoría étnica, solicitantes de asilo o refugiados, puesto que para estos jóvenes la falta de inserción laboral se convierte en un problema estructural.

La desventaja inicial derivada del abandono escolar prematuro se ve ampliada a lo largo del ciclo vital. Por ello, y aun valorando positivamente la reducción de la tasa de jóvenes “nini” en la UE⁹, la misma corresponde principalmente a la disminución en los índices de “nini” que buscan empleo, pero no a la de los nini inactivos que están desconectados del mercado laboral. Y así, en 2013, la proporción de nini demandantes de empleo en la UE fue superior a la de los nini inactivos, mientras que en 2015 las dos categorías alcanzaron el mismo nivel. Esto sugiere que las políticas activas han sido más eficientes en la atención de los nini desempleados, esto es, aquellos que venían de una experiencia laboral previa pero que no están siendo capaces de reincorporar de forma efectiva a los nini inactivos y esta conclusión es, a nuestro juicio, la que mejor ejemplifica las disfunciones del sistema de garantía juvenil. Entre las razones que pueden justificar estos datos se ha de insistir en que los Estados Miembros han tratado a los jóvenes como un bloque compacto sin tener en cuenta o, al menos, sin evidenciar las mayores dificultades que tienen los jóvenes que provienen de entornos socio-económicos más desfavorecidos, y ello a pesar de que la Recomendación de 22 de abril de 2013 ya exigía a los Estados miembros una correcta “identificación de

287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo) *¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, Tribunal de Cuentas Europeo, Luxemburgo, 2017, p. 25.

⁸ COM (2016) 646 final. La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años.

⁹ COM (2016) 646 final. La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años, p. 7.

todos los ninis, en particular aquellos que no buscasen un empleo activamente (es decir, los ninis inactivos)”. Sin embargo, esta evaluación no se ha efectuado correctamente o, al menos, esta es la conclusión alcanzada por el Tribunal de Cuentas Europeo tras el análisis de su implantación en siete estados miembros¹⁰.

Por el contrario, el Reglamento UE n° 1296/2013, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece el Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social (EaSI) sí que condiciona el acceso a las ayudas financieras en favor de la promoción de un nivel elevado de empleos estables y de calidad al cumplimiento de los cuatro objetivos estratégicos del programa de acción comunitario, interesándonos en este artículo las medidas centradas en la “atención particular a las categorías vulnerables, especialmente jóvenes”.

Como magistralmente recordaba el sociólogo danés Esping-Andersen en su célebre ensayo “Los tres mundos del Estado de Bienestar”¹¹ si no se alcanza la estatalización de los riesgos del mercado será la familia o el mercado el garante frente a los mismos, pudiendo dejar en desamparo a quienes no alcanzan la cobertura en ninguno de estos ámbitos. Pero, además de razones de justicia social, hay factores económicos que se han de tenerse presente a la hora de valorar la eficacia de las políticas de empleo juvenil.

Un estudio de la Eurofound¹² advertía de que los jóvenes europeos de entre quince y veinticuatro años de edad que son calificados como Nini suponen un coste estimado (en prestaciones de desempleo e ingresos e impuestos no percibidos) de alrededor de 153.000 millones de euros (en torno al 1,2 % del PNB de la UE), considerando esta cantidad no solo inasumible para la economía sino para la sociedad en su conjunto¹³.

¹⁰ Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 5/2017 (presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo) ¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil, op. cit., p. 25.*

¹¹ Esping-Andersen, G., *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Alfons el Magnànim [etc.], Valencia, 1993.

¹² Eurofound, *NEETs – Young people not in employment education or training: Characteristics, cost and policy responses in Europe, 2012*, pp. 68-72, accedido el 9/7/2017 en:

<https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2012/labour-market-social-policies/neets-young-people-not-in-employment-education-or-training-characteristics-costs-and-policy>.

¹³ Tribunal de Cuentas Europeo, *Garantía juvenil de la UE: Se han dado los primeros pasos pero la aplicación del programa presenta riesgos*, Tribunal de Cuentas Europeo, Luxemburgo, 2015,

Por ello, y aun admitiendo lo bienintencionado del sistema europeo de Garantía Juvenil, las dificultades de éxito a la hora de atender adecuadamente a este colectivo son enormes, y este sería el test que ha de superar la evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas¹⁴. Ahora bien, no es tan sencillo asegurar que dos hechos que se han repetido en el pasado sucesivamente estén vinculados por una relación de causalidad. Y así, si centrásemos el referido argumento en este colectivo “no puede asegurarse sin más que porque en un momento anterior quienes se hayan formado (o quienes hayan tenido una experiencia profesional) hayan accedido a otro empleo, lo hayan hecho como consecuencia de dicha formación (o experiencia)”¹⁵, máxime cuando las iniciativas referidas solo podrán provocar resultados a medio o a largo plazo, pues suponen una inversión en la formación y orientación de los jóvenes desempleados. Así lo reconoce, explícitamente, el considerando nº 22 de la Recomendación del Consejo Europeo, de 22 de abril de 2013¹⁶, al afirmar que el establecimiento de estos sistemas tiene un sentido a largo plazo, pero también hace falta una respuesta a corto plazo para contrarrestar los efectos dramáticos de la crisis económica en el mercado de trabajo. La consecución de este propósito no solo exige un óptimo funcionamiento de los servicios públicos de empleo, sino que, atendiendo a la edad de los destinatarios, su éxito dependerá también del concurso de las autoridades educativas y a la luz de su perfil socio-económico seguramente también será necesaria la coordinación con los servicios sociales.

La aplicación de los sistemas de Garantía Juvenil requiere, en consecuencia, reformas estructurales de los sistemas de formación, búsqueda de empleo y educación; es más, la inacción o la ralentización en el diseño de estas políticas públicas no solo aboca a los mismos a la

p. 11.

¹⁴ Véase la reflexión en clave nacional, pero cuyas conclusiones cabe elevar al análisis comunitario, del profesor Escudero Rodríguez (pp. 54-56) en la investigación *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, publicado digitalmente por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, Madrid 2016, disponible en:

http://adolescenciayjuventud.org/que-hacemos/monografias-yestudios/ampliar.php/Id_contenido/126666/

¹⁵ Gimeno Díaz de Atauri, P., “La situación de los jóvenes en el mercado de trabajo y la iniciativa de garantía juvenil”, *Información Laboral*, vol. 6, 2014.

¹⁶ Sobre las limitaciones que plantea su puesta en marcha, especialmente para los jóvenes más formados, Sánchez-Rodas Navarro, C., “La garantía juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España”, *Revista Derecho social y empresa*, vol. 1, 2014, pp. 13-23.

exclusión social sino que perpetua su desprotección¹⁷. A este respecto, algunos estudios¹⁸ destacan la edad como un factor que acrecienta el riesgo de exclusión social, y si a ello unimos la escasa formación de estos jóvenes, la conjunción de estos factores “convierte a este colectivo, desgraciadamente, en marginados y excluidos sociales. Siendo así, no resulta extraño que la UE haya volcado sus esfuerzos en articular medidas de lucha contra esta situación, particularmente, medidas favorecedoras, cuando menos, de su inserción formativa”¹⁹.

En toda Europa, el empleo perdido durante la reciente recesión económica lo ha sido mayoritariamente en ocupaciones de bajo nivel de capacitación. Entre 2007 y 2013 más de la mitad de los trabajadores que no habían superado la educación primaria perdieron su empleo. En cambio, el número de ocupados con estudios superiores se incrementó en un 2%. Las carencias formativas tienen un impacto negativo cuantificable sobre las oportunidades de empleo de los trabajadores: las personas con menor nivel de competencias básicas están expuestas a casi el doble de probabilidades de quedar desempleadas con la pérdida económica y social que implica (Informe PIAAC, 2010). Estos datos justifican que este artículo se centre en los jóvenes con escasa cualificación, especialmente aquellos que no han acabado la escolarización obligatoria, no solo porque la inclusión de políticas activas de empleo dirigidas a los mismos se enmarca como objetivo prioritario de la Estrategia “Europa 2020” sino porque una de las variables más frecuentemente ligadas al problema del desempleo juvenil es la formación; es más, si desagregásemos los datos entre los distintos niveles educativos, comprobaríamos que las menores tasas de desempleo a mayor niveles de formación se muestra también en los desempleados jóvenes.

En el año 2011, más de seis millones de jóvenes de entre 18 y 24 años abandonaron la educación reglada, habiendo concluido solamente el primer ciclo de enseñanza secundaria o un nivel inferior y lo que es aún más preocupante el 17,4% de ellos solo había concluido la enseñanza

¹⁷ Ese paro a temprana edad general lo que se conoce como «efecto cicatriz», véase nota 10, Morales Ortega, J.M., “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido”, en Morales Ortega, J. (coord. y ed.), *Jóvenes y políticas de empleo: entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 70.

¹⁸ Y las referencias doctrinales aportadas en la nota 92, Calvo Gallego, F.J., “Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación”, *Temas Laborales*, vol. 134, 2016, p. 85.

¹⁹ Morales Ortega, J.M., “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil”, *op. cit.*, p. 69.

primaria, y aunque es cierto que desde el año 2000, el índice de abandono ha descendido en 3.2 puntos porcentuales, los avances han sido insuficientes, y esta media encubre, además, grandes diferencias entre los Estados miembros ya que algunos de ellos, entre los que se encuentra España (también Portugal y Malta), presentan índices de abandono superiores al 23%²⁰. La conjunción de ambos factores (esto es, abandono escolar prematuro y desempleo) no solo supone una pérdida de oportunidades para los jóvenes sino un desperdicio de potencial social y económico para la Unión Europea en su conjunto.

La Comisión Europea ha instado a todos los Estados Miembros a la adopción urgente de medidas que permitan que los niveles de instrucción aumenten. Los datos confirman que los jóvenes que abandonan prematuramente los estudios quedan al margen del mercado laboral e incluso cuando tienen trabajo, ganan menos, suelen tener empleos más precarios, participan menos en el aprendizaje permanente, y, por tanto, se reciclan menos profesionalmente, de ahí la pertinencia de actuaciones coordinadas desde el ámbito educativo y de los servicios públicos de empleo, pues solo esta cooperación mejorará la integración social y laboral de estos jóvenes, ciertamente los más alejados del mercado de trabajo, pero también del entorno educativo.

Sin embargo, los primeros análisis cualitativos de las medidas adoptadas por la UE no son nada satisfactorios hasta el punto de haber sido calificadas como un “tremendo fracaso”²¹ al tiempo que alertan de la deficiente gestión de la vertiente formativa de la Garantía Juvenil. En demasiadas ocasiones, a estos jóvenes se les imparte una formación que no va a repercutir siquiera, indirectamente, en su inserción laboral, produciéndose, en muchos casos, algo parecido al conocido efecto parking, esto es, la “disminución ficticia de los índices de desempleo mediante la ampliación innecesaria de la escolarización obligatoria. En este supuesto, la formación ofertada, de no redundar positivamente en la empleabilidad del joven provoca un efecto similar, puesto que los Estados estarán dando una formación -por consiguiente, cumpliendo de cara a la UE-, que no va a tener ninguna virtualidad en el futuro laboral del joven. Así pues, se aparcará temporalmente -mientras que dure la formación- el cumplimiento del fin último de la política de empleo, es decir, la inserción laboral”²².

²⁰ European Commission, *Progress towards the common European objectives in education and training (2010/2011) Indicators and benchmarks*.

²¹ Del Pozo Sendín, A. y Suárez Corujo, B., “La estrategia Europa 2020: el fracaso del empleo”, *Información Laboral*, vol. 2, 2017, p. 90.

²² Morales Ortega, J.M., “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía

El objetivo final de la Garantía Juvenil es ayudar a los jóvenes a insertarse en el mercado laboral de forma sostenible y parece que esta finalidad no se está cumpliendo o, al menos, esta es la conclusión del Tribunal de Cuentas Europeo, tras analizar la aplicación de estos sistemas en siete Estados Miembros, que lamenta que ninguno de ellos haya “efectuado un análisis global de la población de ninis que incluyera un análisis de la inadecuación de competencias. En Portugal y España, por ejemplo, los PAGJ se basaban únicamente en los datos estadísticos para los ninis proporcionados por los institutos nacionales de estadísticas, como la distribución por edades, las cualificaciones y el sexo”²³. A la luz de estos datos, se pueden (y deben) justificar acciones específicas en el plano europeo (que es precisamente el origen de esta iniciativa de garantía juvenil) aunque al tiempo se ha de tener presente que este problema estructural parece difícil de afrontar desde una situación como la actual, donde el número de jóvenes desempleados es demasiado elevado para poder establecer con garantías medidas de acción individualizadas, quedando entonces dos vías: o bien se ataca la cuestión desde el sistema educativo, de modo que todos los jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo tengan una mayor empleabilidad, tratando de replicar la exitosa experiencia alemana de formación dual, o bien, si se quiere actuar sobre personas que ya han salido del sistema educativo y forman parte de la población parada, se ha de focalizar la atención, logrando que el número de personas a las que vayan dirigidas estas medidas sea más reducido²⁴.

3. La evaluación de su implantación en España

El comportamiento del empleo juvenil en España presenta rasgos diferenciales respecto a otros Estados Miembros, siendo más acuciante la adopción de medidas que palien los altísimos niveles de desempleo juvenil, especialmente entre los jóvenes no cualificados. Y, en este sentido, las reseñables diferencias regionales entre los Estados²⁵ ya obligaron a la

Juvenil”, *op. cit.*, p. 81.

²³ Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 5/2017 (presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo) ¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, *op. cit.*, p. 45.

²⁴ Gimeno Díaz de Atauri, P., “La situación de los jóvenes en el mercado de trabajo y la iniciativa de garantía juvenil”, *op. cit.*

²⁵ Las tendencias de los ninis de algunos Estados miembros con las tasas más elevadas en 2013, en particular, Italia y Rumanía, han experimentado pocos cambios, COM (2016) 646 final, *La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años*.

Comisión Europea a plantear medidas excepcionales que se materializaron en la puesta a disposición de aquellos Estados con una tasa de desempleo juvenil superior al 25% (entre los que se encuentra España) de específicos fondos comunitarios (especialmente los del FSE y otros instrumentos de cohesión provenientes de la reprogramación de fondos estructurales sin gastar) destinados a la creación de empleo, formación profesional y prevención del abandono escolar, reforzando así la Iniciativa sobre el Empleo juvenil (2014-2020, IEJ en lo sucesivo). Con esta decisión, se amplió el apoyo que ofrece el Fondo Social a la hora de implantar el sistema de Garantía Juvenil, permitiendo que la financiación de las actividades pueda extenderse si un Estado miembro lo considera oportuno hasta que los jóvenes cumplan 30 años.

Las autoridades nacionales competentes serán, eso sí, las responsables de presentar programas que recojan las medidas a las que van a destinar el montante económico de la IEJ que siempre deberá contar con la aprobación de la Comisión. Como condición para acceder a estos Fondos, la UE exige a los Estados Miembros beneficiarios la adopción de un plan para abordar el desempleo de este colectivo, debiendo aplicar las medidas destinadas a los jóvenes sin estudios, trabajo ni formación (“nini”) agrupadas en los cuatro objetivos de mejor activación, mayor empleabilidad y cualificaciones, mayor emprendimiento e incremento de la contratación indefinida.

El hecho de que España sea el mayor beneficiario de la Iniciativa de Empleo Juvenil con casi 950 millones de euros (con una dotación idéntica procedente del Fondo Social Europeo) justifica que el segundo bloque de este artículo se centre en el caso español. Para abordar este análisis, conviene comenzar recordando que los niveles de cualificación de la población española presentan importantes desequilibrios: de un lado, una población que se polariza entre aquellos que tienen nivel universitario y aquellos que apenas terminan la educación obligatoria. De otro, un déficit de niveles intermedios, en particular en la formación profesional. Para mejorar esta situación, el Gobierno español impulsó algunas medidas referidas en el Programa Nacional de Reformas para el año 2015:

En primer lugar, se implantó la Formación Profesional Básica que permite la obtención de un título profesional incluso a aquellos que no hayan finalizado la educación obligatoria.

En segundo lugar, se adoptaron una batería de políticas activas, impulsadas en el marco de la Estrategia Española de Activación para el Empleo, y formalmente incorporadas en el Reglamento sobre la cartera

común de los servicios públicos de empleo²⁶, con las que se pretenden mejorar las competencias profesionales de los desempleados (a nuestros efectos, las dirigidas a la población joven). Lamentablemente la evaluación llevada a cabo por el Gobierno de estas medidas ha arrojado datos ciertamente preocupantes:

De un parte, en relación a los niveles de participación en el Programa Operativo de Empleo Juvenil (adoptado en diciembre de 2014), que es la principal fuente de financiación de la Garantía Juvenil en España, los datos remitidos por el Gobierno a la UE cifran en 211.290 los inscritos, aunque se preveía la participación de un 1.000.000 de jóvenes.

De otra, en lo que hace a la bonificación prevista para la contratación indefinida de personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (incentivo en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social de 300 euros durante un máximo de seis meses que podrían usar todas las empresas, incluidos los trabajadores autónomos y las entidades de la Economía Social). Dado que solo fueron 435 los contratos registrados que utilizaron esta bonificación en el año 2014 y aunque cifra se situó por encima de los 4.000 contratos en 2015, la eficacia de esta medida se ha calificado como “muy reducida si se la compara con el amplio espectro de medidas en apoyo del empleo que se integran en dicho Sistema”²⁷.

Para enmendar esta situación, el Gobierno aprobó con carácter de urgencia el RD-Ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. En dicho RDL se recuerda que, a pesar de que “las medidas implementadas están dando resultados, el desempleo juvenil español continúa siendo de los más altos de Europa, el 46,5 por ciento de jóvenes entre 16 y 24 años, y su descenso se mantiene como uno de los principales retos a afrontar, por lo que urge adoptar medidas eficaces para atajarlo”.

Uno de los déficits más reseñables de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven es precisamente el de tratar al colectivo como un bloque homogéneo y ello a pesar de que, al menos, formalmente, se parte del convencimiento de que no hay una solución única, sino que hay que

²⁶ RD 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo (BOE 5.2.2015).

²⁷ Véanse los datos cuantitativos (pp. 98-100) analizados por las profesoras Cebrián y Moreno en la investigación *Jóvenes y empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, publicado digitalmente por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, Madrid 2016, disponible en: http://adolescenciayjuventud.org/que-hacemos/monografias-y-estudios/ampliar.php/Id_contenido/126666/.

atender la situación y las necesidades particulares de los diferentes perfiles de jóvenes. En este artículo hemos pretendido destacar que, dentro de los jóvenes, los más vulnerables está conformados por aquellos segmentos de población socialmente excluidos tanto del mercado laboral como del sistema educativo, y en dicha categoría cabe subsumir al tiempo una “variedad de subgrupos que van desde los desempleados típicos, pasando por quienes están desalentados para buscar empleo, sectores juveniles marginales, hasta quienes no están aptos para trabajadores. A pesar de esta heterogeneidad, todos ellos comparten aspectos comunes: tienen bajos niveles educativos, entornos familiares conflictivos y, en muchos casos, ascendencia inmigrante pobre”²⁸.

Partiendo de esta complejidad, es imprescindible que los poderes públicos efectúen, con carácter previo, una evaluación detallada de sus destinatarios y de las medidas previstas para mejorar su empleabilidad. Lamentablemente esto no se ha hecho así o, al menos, esta es la conclusión alcanzada por el Tribunal de Cuentas Europeo que constató que las evaluaciones realizadas por los Estados miembros visitados, entre ellos España, para determinar la población objetivo de la IEJ fueron superficiales y genéricas, toda vez que “los cinco Estados miembros habían dividido la población objetivo de la IEJ en dos subgrupos: los ninis inactivos y los ninis desempleados. No se procedió a ninguna selección específica para categorías como, por ejemplo, personas que abandonan prematuramente los estudios, personas vulnerables, tanto económicamente como socialmente, desempleados de larga duración, o las personas más desconectadas del mercado laboral²⁹”.

4. Algunas conclusiones finales

Aunque la crisis económica ha generado un escenario negativo para el conjunto de los jóvenes, la misma ha perpetuado la desprotección de los que ya estaban en situación de vulnerabilidad antes de esta. Esta desprotección implica “un rotundo fracaso en términos políticos (incapacidad de los partidos gobernantes para reducir las insostenibles tasas de paro juvenil), humanos (mayores o menores problemas de

²⁸ Pizzi, A., “Juventudes, precariedad laboral y exclusión social en Europa”, en AA.VV., *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 120.

²⁹ Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 5/2017 (presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo) ¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, op. cit., p. 50.

autoestima, frustración y desesperanza de los jóvenes y de sus familias a la vista del derroche de energías y del cúmulo de expectativas truncadas, marcado retraso en los procesos de emancipación...), sociales (no integración plena en la sociedad, rechazo a los valores dominantes, incluidos los propios de la cultura democrática, riesgos de exclusión, tendencia a la emigración inducida...) y económicos (dispendio de medios y recursos dedicados a la formación, a la protección del desempleo y coste del subempleo)”³⁰.

Uno de los elementos sobre los que existe un acuerdo internacional es la relación existente entre educación y pobreza. Por solo enunciar un dato: en España, tener estudios universitarios protege hasta cuatro veces más de la pobreza y la exclusión social que contar únicamente con estudios primarios. Y, sin embargo, la reducción del fracaso escolar es un objetivo difícil de conseguir con la reiterada desaparición de recursos en el sector educativo. Desde esta convicción, compartida en esta contribución³¹, creemos imprescindible trabajar en la reducción de la tasa de gente joven con niveles educativos bajos. Es más, no hacerlo, perpetuaría su vulnerabilidad lo que tendrá como efecto derivado “una juventud hipotecada con graves consecuencias para las tendencias demográficas de la Unión”³².

Ahora bien, el colectivo de jóvenes es diverso y heterogéneo. Existe un amplio contingente que, en función de su origen social y familiar, tiene mayores resistencias frente a las situaciones de crisis; son aquellos grupos que van a poder acceder a mejores niveles formativos y de empleo, y que incluso contarán con redes familiares y sociales que les permitirán un mejor posicionamiento en el mercado laboral. Otro grupo muy numeroso de jóvenes está sufriendo la crisis de forma muy explícita, aunque cuente con un respaldo familiar, pero no tanto como el primer grupo. Y un tercer grupo lo conformarían los jóvenes en situación de vulnerabilidad con independencia de la crisis; son aquellos que provienen de situaciones de pobreza o de exclusión social, y que van a reproducir las situaciones de desigualdad. Accedían a trabajos no cualificados y ahora tienen que competir, en situación de desventaja, con aquellos jóvenes formados que no encuentran empleos acordes con su nivel de estudios³³. Es este último

³⁰ Escudero Rodríguez, R., “Prácticas no laborales, becas y empleo juvenil: entre su idoneidad y los riesgos de fraude”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, vol. 9, 2016, p. 886.

³¹ Foessa y Cáritas España, *Empleo precario y protección social*, Cáritas, Madrid, 2015, p. 85.

³² González Díaz, F.A., “La garantía juvenil: ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 181, 2015.

³³ Andrés Cabello, S. y Ponce de León, L., “El escenario de vulnerabilidad de los jóvenes en España hoy”, *Trabajo Social Hoy*, vol. 79, 2016, p. 11.

colectivo el que presenta una mayor vulnerabilidad social pues no solo ha sufrido una pérdida más rápida e intensa del empleo sino porque cuenta con un menor nivel de cobertura en términos de protección social, partiendo, además, de una clara situación de desventaja en un modelo asociado a una demanda creciente de cualificaciones altas e intermedias.

La no consecución de las cualificaciones implica una condena casi segura a la exclusión social, pudiendo optar únicamente a los empleos más precarios y este proceso afecta especialmente a los jóvenes que incorporan la edad como otra variable negativa a su punto de partida³⁴. Además, al estar menos protegidos por las regulaciones de la relación estándar de empleo, tienen proporcionalmente una mayor presencia donde se producen las transformaciones laborales más intensas. Para “crecientes capas sociales, la precariedad ya no es una situación transitoria sino una estrato permanente de la división del trabajo”³⁵ lo que justifica, aún más si cabe, que la construcción comunitaria de los sistemas de garantía juvenil obligue a los Estados a garantizar a los jóvenes participantes en el sistema una oferta de calidad de empleo, formación, prácticas o educación complementaria en el plazo de cuatro meses. Sentado lo anterior, que este instrumento se materializase en una Recomendación dejaba un amplio margen de maniobrabilidad los Estados Miembros, en parte por la imposibilidad real y fáctica de muchos países para prestar la atención reclamada por la Garantía Juvenil como un derecho subjetivo³⁶. Este es el caso español, pues ni el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia ni Ley 18/2014, de 15 de octubre, concibieron este mecanismo como un derecho subjetivo.

Doctrinalmente³⁷ se ha criticado esta configuración normativa pues el mismo trasladaba a las Comunidades Autónomas unos plazos estrictos dentro del marco de los cuatro meses. Con esta decisión, España rechazó “crear un derecho subjetivo que obligue al Estado a cumplir unos plazos ante cada joven susceptible de acceder a la Garantía Juvenil, pero sí pretende obligar a las Comunidades Autónomas a cumplir los plazos. De esta manera cumple la expectativa europea: hay una autoridad que debe cumplir los cuatro meses ante el joven”³⁸. Afortunadamente, el RDL

³⁴ *Ibid.*, p. 14.

³⁵ Pizzi, A., “Juventudes, precariedad laboral y exclusión social en Europa”, *op. cit.*, p. 123.

³⁶ Morales Ortega, J.M., “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil”, *op. cit.*, p. 38.

³⁷ Hernández Díez, E. y Gentile, A., *Diseño y aplicación de la garantía juvenil en España*, Ponencia en el V Congreso de la Red Española de Política Social, 2015, p. 14.

³⁸ *Ibid.*

6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil sí que se hace una mención expresa a dicho plazo, toda vez que “transcurridos cuatro meses desde la fecha de inscripción en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil se deberá comprobar, con carácter previo a prestar cualquier tipo de atención, que se siguen cumpliendo los requisitos que permitieron la inscripción del joven”. De igual modo también se ha modificado alguno de los aspectos que más certeramente se habían criticado, cual era que quedaban fuera del sistema quienes por diferentes motivos no se inscribían³⁹, los cuales, probablemente, eran los jóvenes más necesitados de atención lo que puede generar un efecto no querido: que los mismos pasen de la situación “provisional” de desempleo a una “definitiva” de exclusión social⁴⁰.

A este respecto, las entidades que mejor conocen a este colectivo (v. gr. Cáritas)⁴¹ recuerdan que los jóvenes en situación de exclusión no solo sufren problemas con relación al mercado de trabajo, sino también en otros campos de su vida, como la vivienda, la familia, la salud, etc. Estamos ante un colectivo que, en demasiadas ocasiones, no se encuentra preparado para incorporarse directamente al mercado de trabajo, sino que su inserción requiere la participación en actuaciones que incrementen su empleabilidad. Para este perfil de jóvenes, resulta ampliamente positivo un paso previo como es el empleo con apoyos, cuyo objetivo es permitir a las personas con especiales dificultades de empleabilidad acceder y mantenerse en el mercado laboral. Al tiempo, estas entidades insisten en la necesidad de medidas específicas, toda vez que “los jóvenes en situación de riesgo o exclusión social cuentan con un bajo nivel de empleabilidad. En muchos casos, son jóvenes que han abandonado prematuramente la formación reglada y que tras su experiencia negativa, sienten rechazo a espacios formales de formación”, debiendo desarrollar metodologías flexibles que permitan retomar el interés y la motivación hacia el aprendizaje, mediante objetivos progresivos y alcanzables, que les hagan tomar conciencia de sus capacidades.

³⁹ Tribunal de Cuentas Europeo, *Garantía juvenil de la UE: Se han dado los primeros pasos pero la aplicación del programa presenta riesgos*, op. cit., p. 69.

⁴⁰ Moreno Gené, J., “El sistema nacional de Garantía Juvenil como mecanismo de transición al empleo”, en AA.VV., *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 232.

⁴¹ Véase el Plan de esta entidad en el marco de la Estrategia de Empleo y Emprendimiento (2013/2016), especialmente p. 12 y p. 14. El texto del Plan y el de otras entidades adheridas puede consultarse en la página del Ministerio (fecha de consulta: 17/3/2017):

http://www.empleo.gob.es/es/estrategia-empleo-joven/logos/entidadesadheridas/index_todos.htm.

Ya hemos referido que el riesgo de pobreza es muy superior entre las personas con nivel educativo bajo por lo que las actuaciones contra el fracaso escolar y el abandono temprano de la educación revisten particular importancia a la hora de prevenir las situaciones de carencia de recursos. Para evitar la transmisión intergeneracional de la pobreza y avanzar hacia una educación que garantice el éxito escolar de todo el alumnado son necesarias medidas de apoyo que permitan corregir la desventaja que supone partir de un contexto educativo y socioeconómico desfavorecido⁴².

Un paso en esta dirección se incluye la Disposición final vigésimo octava de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, pues dicha disposición incluye una nueva redacción del apartado 5, del artículo 98, de la Ley 18/2014, y desde ahora:

“La inscripción o renovación como demandante de empleo en un servicio público de empleo implica la inscripción en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, si se cumplen los requisitos recogidos en el artículo 97. La fecha de inscripción en el Sistema corresponderá con la fecha de inscripción o de renovación como demandante de empleo. A estos efectos, se considerará que se cumple con el requisito establecido en la letra g) del artículo 97 en el momento en que se hubiera procedido a la inscripción como demandante de empleo”. Esta decisión se inserta además en la línea de activación de los jóvenes iniciada en el Plan Anual de Política de Empleo 2016⁴³, lo cual parece especialmente pertinente, máxime cuando las primeras evaluaciones de estos sistemas alertan de que “las medidas cofinanciadas de la IEJ fueron aquellas a las que se podía llegar más fácilmente, mientras que los grupos más desfavorecidos estaban infrarrepresentados. Se detectaron problemas relativos a la admisibilidad de los participantes, mientras que la sostenibilidad de la integración de los participantes en el mercado laboral constituía un reto”⁴⁴.

⁴² Consejo Económico y Social de España, Informe 01/2017 sobre Políticas públicas para combatir la pobreza en España, (p. 143), cuyo texto puede consultarse en el siguiente enlace (fecha de consulta: 24/3/2018):

<http://www.ces.es/web/guest/informes>.

⁴³ Plan Anual de Política de Empleo para 2016, (BOE 31.8.2016). Este Plan debe leerse en lógica coherencia con los Programas de Estabilidad 2016-2019 y con el Programa Nacional de Reformas 2016, pues en todos ellos se destaca como objetivo estratégico a conseguir el de “mejorar la empleabilidad de los jóvenes y desarrollar el Plan de Implementación de la Garantía Juvenil en España”.

⁴⁴ Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 5/2017 (presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo) ¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, op. cit., p. 76.

Los graves problemas de inserción laboral de gran parte de los ninis obedecen, en gran parte, a la desconexión e ineficacia de muchas de las medidas impulsadas por los servicios públicos de empleo y a este respecto es importante concluir este artículo recordando que a la hora de diseñar políticas activas de empleo es esencial reconocer que los jóvenes constituyen un grupo muy diverso y que dentro de este colectivo el que ha centrado la atención de este artículo es el que más requiere medidas de intervención temprana, siendo esta anticipación básica para garantizar su inclusión social⁴⁵.

5. Bibliografía

- Andrés Cabello, S., Ponce de León, L., “El escenario de vulnerabilidad de los jóvenes en España hoy”, *Trabajo Social Hoy*, vol. 79, 2016.
- Calvo Gallego, F.J., “Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación”, *Temas Laborales*, vol. 134, 2016.
- Del Pozo Sendín, A. y Suárez Corujo, B., “La estrategia Europa 2020: el fracaso del empleo”, *Información Laboral*, vol. 2, 2017.
- Escudero Rodríguez, R., “Prácticas no laborales, becas y empleo juvenil: entre su idoneidad y los riesgos de fraude”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, vol. 9, 2016.
- Esping-Andersen, G., *Los tres mundos del Estado del bienestar*, Alfons el Magnànim [etc.], Valencia, 1993.
- Foessa y Cáritas España, *Empleo precario y protección social*, Cáritas, Madrid, 2015.
- Gimeno Díaz de Atauri, P., “La situación de los jóvenes en el mercado de trabajo y la iniciativa de garantía juvenil”, *Información Laboral*, vol. 6, 2014.
- González Díaz, F.A., “La garantía juvenil: ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?.”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 181, 2015.
- Hernández Díez, E. y Gentile, A., *Diseño y aplicación de la garantía juvenil en España*, Ponencia en el V Congreso de la Red Española de Política Social, 2015.
- Morales Ortega, J.M., “Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido”, en Morales Ortega, J. (coord. y ed.), *Jóvenes y políticas de empleo: entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 15-54.

⁴⁵ Rojo Torrecilla, E., “El empleo juvenil. Realidad social, marco jurídico y propuestas de reforma”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, vol. 29, 2017.

- Moreno Gené, J., “El sistema nacional de Garantía Juvenil como mecanismo de transición al empleo”, en AA.VV., *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- Pizzi, A., “Juventudes, precariedad laboral y exclusión social en Europa”, en AA.VV., *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- Rojo Torrecilla, E., “El empleo juvenil. Realidad social, marco jurídico y propuestas de reforma”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, vol. 29, 2017.
- Sánchez-Rodas Navarro, C., “La garantía juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España”, *Revista Derecho social y empresa*, vol. 1, 2014.
- Tribunal de Cuentas Europeo, *Garantía juvenil de la UE: Se han dado los primeros pasos pero la aplicación del programa presenta riesgos*, Tribunal de Cuentas Europeo, Luxemburgo, 2015.
- Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n.º 5/2017 (presentado con arreglo al artículo 287 TFUE, apartado 4, párrafo segundo) ¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, Tribunal de Cuentas Europeo, Luxemburgo, 2017.

La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales

Francisco RAMOS MORAGUES*

RESUMEN: Durante la crisis económica que ha azotado España desde el año 2008 se ha experimentado un proceso expansivo de los sistemas de colaboración público-privada. Sin embargo, desde el año 2015 ha ido adquiriendo mayor protagonismo la tendencia contraria, generándose una suerte movimiento hacia la reversión o vuelta a la gestión directa de los servicios públicos. El objeto de estudio del presente trabajo se centra en analizar los problemas de índole laboral que está suscitando la recuperación de parte de los servicios públicos externalizados así como las soluciones que están ofreciendo los tribunales de justicia.

Palabras clave: Administración pública, reversión de contratatas, servicios públicos, sucesión de empresas.

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones preliminares sobre la externalización y la gestión directa de servicios públicos. 2. Doctrina general en materia de transmisión de empresa: presupuestos, tipología y alcance de la obligación de subrogación. 3. Extensión del régimen jurídico de la transmisión de empresa a los supuestos de reversión del servicio público: criterios jurisprudenciales. 4. La (difícil) traslación de los efectos subrogatorios en el sector público: la integración del personal como empleado público. 4.1. Breve referencia a los principios rectores del acceso al empleo público. 4.2. La reasunción de personal en el ente público a través de la polémica figura del “indefinido pero no fijo”. 5. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

The reversion of public services to direct management and its labor implications

ABSTRACT: During the economic crisis that hit Spain from 2008 to 2014, public-private partnerships experienced a large expansion as a system to manage public services. However, since 2015, the opposite tendency has been gaining importance, generating a kind of movement towards the reversion or return of public services to direct management. The objective this work is to analyze the labor problems caused by the recovery of some outsourced public services as well as the solutions offered by the courts of justice.

Key Words: Public administration, reversal of contracts, public services, succession of companies.

1. Algunas consideraciones preliminares sobre la externalización y la gestión directa de servicios públicos

Al amparo de la libertad de empresa que proclama la Constitución Española en su artículo 38, es habitual que las organizaciones empresariales recurran a diversas formas de colaboración para optimizar al máximo su rendimiento. De entre la variedad de formas colaborativas existentes, ocupa un lugar destacado el recurso a la descentralización productiva a través de las denominadas como contratas o subcontratas de obras y servicios. En una aproximación general, se trata de supuestos en los que una empresa, llamada “principal”, decide encomendar a un sujeto externo a su organización -empresa contratista- la realización de una parte de su actividad o la prestación de algún servicio vinculado a la misma.

El origen de esta forma de organizar el proceso productivo hay que situarlo cronológicamente en torno a las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado y su razón de ser estriba en la pretensión empresarial de alcanzar mayores cotas de eficiencia en la producción de bienes o en la prestación de servicios. Desde su aparición, la descentralización productiva no ha parado de extenderse: tanto en lo que se refiere al objeto de externalización, yendo más allá de las actividades accesorias de la empresa para alcanzar también a las consideradas como nucleares o esenciales; como por los sectores implicados en el uso de esta técnica, afectando, hoy por hoy, a la práctica totalidad de los mismos¹.

El fenómeno de la externalización de servicios tampoco ha sido ajeno a las Administraciones Públicas. Desde tiempo atrás, los organismos públicos han optado en no pocas ocasiones por encargar a un sujeto ajeno a la propia Administración, a su organigrama, la realización de determinadas tareas o la prestación de servicios de titularidad pública². Dicho de otra manera, se ha preferido sustituir el modelo tradicional de gestión directa -esto es, con medios y personal propios- por instrumentos de intervención o gestión indirecta a través de formas colaboración público-privada.

La proliferación de esta modalidad de gestión se ha visto influenciada, en parte, por el incremento de la tipología de servicios que las Administraciones Públicas dispensan actualmente a la ciudadanía. Lejos

¹ Nores Torres, L.E., “La reversión de contratas en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia.*, n. 2, 2016 (versión electrónica EDB 2016/31303).

² Cantero Martínez, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa*, n. 286-287, 2010, p. 298.

han quedado los tiempos en que la Administración se limitaba a ejercer las conocidas como funciones públicas por excelencia, para pasar hoy en día a dispensar multitud de servicios que perfectamente pueden ser asumidos por una empresa privada a través del correspondiente contrato administrativo. Del mismo modo, tampoco pueden obviarse los efectos de la crisis económica que ha azotado España desde el año 2008 y su repercusión en el sector público, lo que se ha traducido en la imposición de férreas exigencias dirigidas a minimizar el gasto, aumentar la eficacia y reducir la dimensión del sector público³.

Sentado lo anterior, lo cierto es que los principales argumentos que se han venido poniendo sobre la mesa para justificar el recurso a la externalización de servicios en el sector público no difieren de los ya apuntados por la doctrina científica para avalar su uso en el ámbito empresarial, a saber: fomento de la competitividad, aumento de la eficiencia, reducción de costes, especialización, etc. Acaso, cabría añadir como genuino del ámbito público el compromiso de estabilidad presupuestaria asumido por el Estado español fruto de su incorporación al sistema monetario europeo⁴ y, en particular, las limitaciones existentes en estos últimos años en torno a la incorporación de nuevos empleados públicos como consecuencia de la afamada tasa de reposición. Pero si prescindimos de estas particularidades, la idea que subyace al fenómeno de la descentralización en el sector público no es distinta a la motivación perseguida por la empresa privada y puede sintetizarse en la necesidad de hacer más eficiente la Administración, lo cual, se entiende más factible si se le dota de un componente empresarial, es decir, si se gestiona como una empresa privada⁵.

En este estado de las cosas, recientemente se han dado a conocer algunos estudios e informes⁶, referidos principalmente a la gestión indirecta de

³ Rodríguez Escanciano, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 37, 2015, p. 4.

⁴ Cantero Martínez, J., “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, p. 70 y ss. Igualmente, Rodríguez Escanciano, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la...”, *op. cit.*, p. 6.

⁵ *Vid.*, Castillo Blanco, F.A., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2017, p. 20.

⁶ En este sentido, puede citarse el *Informe encargado por la Federación Sindical Europea de los Servicios Públicos a la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich (PSIRU) -Mayo 2012-*, encargado de analizar procesos de reasunción de servicios públicos -en el ámbito municipal- que se están produciendo en distintos países;

servicios públicos locales, en los que se pone en entredicho la eficiencia de la gestión privada⁷ tanto desde el punto de vista económico como de la calidad del servicio prestado, lo que ha propiciado que algunas voces doctrinales critiquen enérgicamente que las Administraciones Públicas hayan recurrido masivamente a fórmulas de gestión indirecta. Críticas que se sustentan, primero y fundamentalmente, por la inexistencia de datos rigurosos que permitan verificar el axioma consistente en que la externalización implica *per se* una optimización de la gestión del servicio público⁸. En segundo lugar, por considerar que la gestión indirecta suele traer consigo una precarización de las relaciones laborales, materializada en un uso excesivo de la temporalidad por parte de las empresas que asumen la prestación del servicio público⁹. Y, en último lugar, porque en ocasiones la técnica de la externalización de servicios ha venido asociada a ciertas prácticas clientelares y corruptelas en favor de determinadas empresas por parte de la clase política dirigente¹⁰.

Razones de espacio impiden en este foro entrar a analizar pros y contras de externalizar la gestión de determinados servicios públicos, pues ello excedería con creces el objeto y pretensiones de este trabajo. Ahora bien,

en dicho informe se identifica entre las causas que están propiciando este fenómeno de reversión: la mala gestión privada, la reducción de costes y la mayor eficiencia, entre otras. Del mismo modo, resultan de interés dos informes emitidos por el Tribunal de Cuentas sobre el sector público local en el ejercicio 2011 y 2013, de los que se ha hecho eco la doctrina científica (Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresa (el caso *Piscarreta Ricardo*)”, *La Ley. Unión Europea*, n. 53, 2017) en los que se evidencia como la externalización como vía para la prestación de servicios en el ámbito local había supuesto un encarecimiento del servicio en comparación con la gestión directa que existía con anterioridad.

⁷ Entre otros, Alfonso Mellado, C.A., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, *Revista de Derecho Social*, n. 73, 2016, pp. 25-44; y Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresa (el caso *Piscarreta Ricardo*)”, *La Ley. Unión Europea*, n. 53, 2017 (versión electrónica *La Ley* 16998/2017).

⁸ *Vid.*, Trillo Párraga, F.J., *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 21.

⁹ Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral...”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ A este respecto, se ha afirmado que el espacio público aparece como una “expectativa de negocio donde la externalización de servicios desarrolla un papel esencial en la trama corrupta política-empresarial, quedando reducidas la eficacia y la eficiencia como motivos de la externalización de servicios públicos a una mera entelequia”. Trillo Párraga, F.J., *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos...*, *op. cit.*, p. 30.

parece conveniente, siquiera sea para situar este debate en sus justos términos, traer a colación en esta parte introductoria dos ideas a mí entender fundamentales. La primera de ellas viene referida a la necesidad de no confundir la externalización de un servicio público mediante la adjudicación de contratos o concesiones administrativas con su privatización. Se trata de supuestos de hecho diferentes que erróneamente se utilizan como si de un mismo fenómeno se tratara. El matiz diferenciador, en cambio, no es baladí. Y es que mientras en el primer caso -externalización- la Administración Pública continúa ostentando la titularidad del servicio, es responsable de cómo se presta a la ciudadanía y, precisamente por ello, cuenta con facultades de fiscalización y revisión del mismo; la privatización, por el contrario, supone trasladar la titularidad de un servicio desde el sector público hacia el sector privado sin que la Administración Pública ostente ya ningún tipo de control ni responsabilidad sobre aquél.

La segunda consideración que quisiera efectuar, convenientemente advertida por la doctrina científica, pretende hacer hincapié en la importancia de superar los apriorismos ideológicos que habitualmente suelen rodear esta temática: ya sea para mitificar las ventajas asociadas a la externalización de servicios públicos; o para denostar cualquier uso de esta técnica de gestión indirecta. La externalización puede mejorar la prestación del servicio o puede ser un desastre, lo que dependerá de las condiciones y de la eficacia de la gestión¹¹. No hay un único modelo de gestión válido que garantice el éxito en términos de eficiencia y que pueda extrapolarse de forma generalizada a cualquier servicio y a todas las Administraciones Públicas. Siendo ello así, sería deseable que el debate actual no se planteara en términos de gestión pública *versus* gestión privada, ni sobre la base de postulados meramente ideológicos, sino en atención a qué forma de gestión es la más adecuada para cada servicio concreto, y siempre y en todo caso sobre la base de argumentos contrastables “(...) centrados en razones de eficacia y eficiencia de los modelos públicos y privados al llevar a cabo la prestación de servicios públicos de contenido económico”¹².

¹¹ Olías De Lima Gete, B., “Cara y cruz de la externalización”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

¹² Tornos Mas, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016. El texto del artículo puede consultarse en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505990> (Consulta realizada el 20 de junio de 2018).

Por lo demás, no hay que olvidar en este sentido que si bien las Administraciones Públicas gozan de un cierto margen de maniobra a la hora de elegir la modalidad de gestión de un servicio público, en modo alguno se trata de una facultad omnímoda, sino que la elección debe ajustarse a unos requisitos procedimentales, amén de respetar los principios de eficacia e interdicción administrativa que debe observar cualquier actuación administrativa. Y esta máxima es aplicable tanto a la decisión inicial de externalizar el servicio como a la reversión del mismo. Precisamente en el ámbito local, donde el fenómeno de reinternalización está teniendo mayor presencia, la Ley de Bases de Régimen Local dispone que “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse *de la forma más sostenible y eficiente* de entre las enumeradas a continuación (...)”; citándose entre ellas tanto la gestión directa como la indirecta.

Esta última idea cobra una especial relevancia como consecuencia del cambio de enfoque que está prevaleciendo en estos últimos años. En efecto, si en plena crisis económica asistimos a un proceso expansivo de los sistemas de colaboración público-privada, desde el año 2015 ha ido adquiriendo fuerza la tendencia contraria, generándose una suerte movimiento hacia la reversión o vuelta a la gestión directa de los servicios públicos. En ello ha influido no sólo el cuestionamiento de las ventajas clásicas atribuidas a la externalización, sino, una vez más, factores de naturaleza política o ideológica. Tras los últimos comicios electorales, cuando los resultados han posibilitado cambios en los equipos de gobierno, los organismos públicos afectados han apostado por la reasunción de servicios públicos hasta aquel momento dispensados por empresas privadas, aprovechando que finalizaba la concesión administrativa suscrita o procediendo directamente a su rescate.

Más allá de la conveniencia de este tipo de decisiones, de la oportunidad de retornar a modelos de gestión directa, de lo que no hay duda es que si la externalización de servicios públicos suscitó en su momento importantes interrogantes sobre las consecuencias que dicha práctica tenía para los trabajadores, el proceso de vuelta no se queda atrás. Un breve recorrido por los repertorios de jurisprudencia y por los estudios doctrinales¹³ que están apareciendo en relación a este fenómeno dan

¹³ Sin pretensiones de exhaustividad, a los ya citados hasta el momento pueden añadirse: De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016, pp. 112-122 (versión electrónica La Ley 2717/2016); Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, n. 114, 2012, pp. 205-226; Revilla Esteve, E., “Problemas actuales del régimen del personal en contratas de obras y servicios en las Administraciones Públicas”, *Documentación Laboral*, n. 106, 2016, pp. 87-96; y Esteve

buena cuenta de los complejos problemas jurídico-laborales, aplicativos e interpretativos, que trae consigo la decisión de recuperar la gestión directa de un servicio público. Problemática que se agrava por dos motivos que sin ser novedosos no deben menospreciarse: primero, por la ausencia de una regulación legal específica que se encargue de dar una solución adecuada a las singularidades propias del empleo público, lo que confiere un papel protagonista a la jurisprudencia -nacional y comunitaria- que es quien tiene que ir dando una respuesta a los conflictos jurídicos que se van suscitando mientras el legislador guarda un absoluto silencio. Segundo, porque en dichos conflictos jurídicos, como consecuencia de la naturaleza pública del empleador, confluyen normas pertenecientes a ramas del derecho diferentes -social y administrativa- cuyos intereses, en ocasiones, resultan difícilmente conciliables entre sí. El ejemplo extremo lo encontraremos a la hora de conjugar el efecto principal de la subrogación, esto es, la asunción del personal por el organismo público, con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que han de regir el acceso al empleo público.

En el marco de estas breves consideraciones preliminares, las próximas páginas se dirigen a analizar los principales problemas de índole laboral que está suscitando la recuperación de parte de los servicios públicos externalizados al albor de las soluciones que están ofreciendo los tribunales de justicia. A tal fin, el estudio propuesto comenzará con el análisis de algunas cuestiones esenciales sobre la sucesión de contratas y la aplicación de la normativa prevista en materia de transmisión de empresa. A continuación, me detendré en su virtualidad en los casos de reversión de contratas en las Administraciones Públicas, esto es, en valorar en qué medida los supuestos de reasunción o recuperación de la gestión de servicios tiene encaje en el fenómeno sucesorio. Por último, aludiré a las consecuencias y efectos que se derivan de este fenómeno en el ámbito del sector público, en particular, la dificultad de cumplir con la obligación de asumir al personal por el ente público.

2. Doctrina general en materia de transmisión de empresa: presupuestos, tipología y alcance de la obligación de subrogación

Cuando acontece un cambio de titularidad de la empresa, nuestro ordenamiento jurídico, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva

Pardo, J., "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", *Revista de Administración Pública*, n. 202, pp. 305-336.

2001/23/CEE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, regula un mecanismo de tutela de los trabajadores para garantizar el mantenimiento de sus derechos y, de forma especial, la continuidad de las relaciones laborales vigentes en el momento de la transmisión. La voluntad del legislador es diáfana: evitar que una novación subjetiva de la persona del empleador se convierta por sí misma en una causa extintiva de los contratos de trabajo. Por ello, entre otras garantías, se impone al nuevo titular de la empresa la obligación de subrogarse en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores.

Ahora bien, esta obligación puede tener distintas procedencias, lo que tiene relevancia en punto a su alcance así como a las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma¹⁴. Pero vayamos por partes. De entrada, la obligación de subrogación empresarial puede traer causa directamente en la Ley, concretamente, en lo dispuesto en el art. 44 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Según reza el apartado segundo de dicho precepto, cuyo redactado es coincidente con el del art. 1.1 letra b) de la Directiva 2001\23¹⁵, existe “sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.

Ciertamente, la determinación de si existe o no sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET dependerá en gran medida de las circunstancias que rodeen cada caso concreto¹⁶; o, por usar los términos que emplea el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) exigirá tomar “(...) en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate”¹⁷. Sin embargo, prescindiendo ahora del obligado análisis casuístico, en una

¹⁴ Se refieren a los distintos orígenes de la obligación de subrogación, Madrigal Esteban, M.J. y Martínez Saldaña, D., “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 40, 2015, p. 33.

¹⁵ Dicho apartado fue incorporado por 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.

¹⁶ STS de 20 de julio de 1988 (RJ 1988/6211).

¹⁷ *Vid.*, SSTJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00 (*Temco*) y de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14 (*Aira Pascual y otros*).

aproximación general puede afirmarse que para que nos encontremos ante un supuesto de transmisión de empresa *ex art. 44 ET* han de concurrir dos requisitos esenciales y constitutivos¹⁸. El primero de ellos, también conocido como «elemento subjetivo», es que se produzca efectivamente una transmisión de la empresa -o de un elemento significativo de ésta- de un titular a otro, con independencia de la naturaleza del acto mediante el cual se efectúe la transmisión (*inter vivos* o *mortis causa*) y del concreto negocio jurídico empleado para ello (arrendamiento, donación, venta judicial, fusión, etc.). Es más, se incluirían también los supuestos en que la transmisión no se produce de forma directa entre el primitivo empresario y el sucesor¹⁹. El segundo requisito, en cambio, viene referido al objeto de la transmisión. Lo determinante, en sintonía con el tenor literal del art. 44.2 ET y con la jurisprudencia nacional y comunitaria acaecida al respecto, es que lo transmitido sea un conjunto de medios organizados que conforman una actividad económica que mantenga su identidad²⁰. La conjunción de ambos elementos -subjetivo y objetivo- determina que el mecanismo subrogatorio jugará *ope legis* sin necesidad de que exista ningún tipo de acuerdo expreso entre las partes y sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del citado artículo 44²¹.

Si nos centramos en el elemento objetivo, a nadie escapa que en la práctica no siempre resultará una tarea sencilla determinar si la entidad económica transmitida mantiene su identidad tras el cambio de titular. Para facilitar esta labor, la jurisprudencia comunitaria se ha encargado de identificar toda una serie de «circunstancias de hecho» que deberán ser valoradas en su conjunto por los tribunales nacionales a la hora de dilucidar si se está o no ante un supuesto de sucesión empresarial protegido por la norma europea y por el aludido art. 44 ET. A modo ejemplificativo, entre los elementos a valorar se citan²²: el tipo de empresa

¹⁸ SSTs de 19 de marzo (Rec. núm. 4216/2000) y de 17 de junio de 2002 (Rec. núm. 4405/2000) y de 14 de abril de 2003 (Rec. núm. 4228/2000).

¹⁹ Por todas, STSJ de Galicia, de 14 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3703/2017).

²⁰ Por todas, STS de 19 de octubre de 2017 (Rec. núm. 2612/2016).

²¹ Entre otras, SSTs de 28 de abril de 2009 (Rec. núm. 4614/2007) y de 23 de octubre de 2009 (Rec. núm. 2684/2008); de 12 de mayo de 2010 (Rec. núm. 136/2007) y de 7 de diciembre de 2011 (Rec. núm. 4665/2010).

²² Se refieren a estos elementos, entre muchas otras: SSTJUE de 18 de marzo de 1986, Asunto C-24/85 (*Spijkers/Benedik*); de 25 de enero de 2001, Asunto C-172/99 (*Lükenne*); de 11 de marzo de 1997, Asunto C-13/95 (*Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhauservice*); de 20 de noviembre de 2003, Asunto C-340/01 (Abler y otros). Más recientemente, SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14 (*Aira Pascual* y otros) y de 19 de octubre de 2017, Asunto C-200/16 (*Securitas*).

o de centro de actividad de que se trate; el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles; el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; el que se haya transmitido o no la clientela así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión; y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Repárese en que uno de los indicios a considerar para valorar la existencia de subrogación empresarial es que el nuevo empresario se haga cargo de la mayoría de los trabajadores del anterior, es decir, que asuma una parte significativa de la plantilla. Se da así carta de naturaleza a la denominada como doctrina o tesis de la «sucesión de plantilla». Conforme a la misma, cuando se trata de sectores en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, como ocurre, señaladamente, con limpieza, seguridad y vigilancia, se ha señalado que “(...) un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”; añadiendo que “(...) dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”²³. Es decir, dándose ambos condicionantes, por un lado, la actividad se fundamenta en la mano de obra; y, por otro lado, una parte relevante -cuantitativa o cualitativamente- de los trabajadores es asumida por el nuevo empleador, tanto la jurisprudencia comunitaria²⁴ como la española²⁵ concluyen que existe un supuesto de sucesión de empresas y, por ende, resultará plenamente aplicable tanto el mecanismo subrogatorio como las demás responsabilidades contenidas en el precepto estatutario.

Junto al supuesto legal que acabamos de analizar, la obligación de subrogación que recae sobre el empresario adquiriente también puede tener su origen en la negociación colectiva. Surge así la conocida como “subrogación por vía convencional”. En realidad, se trata de supuestos en los que si bien no concurren los elementos necesarios para que resulte aplicable el art. 44 ET, la autonomía colectiva decide extender un

²³ *Vid.*, STSJUE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00 (*Temco*).

²⁴ La doctrina de la sucesión de plantillas ha sido reiterada por el TJUE en múltiples ocasiones, entre muchas otras, SSTJUE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97 (*Hernández Vidal y otros*); de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09 (*Clece*).

²⁵ Por todas, STS de 5 de marzo de 2013 (Rec. núm. 3984/2011).

mecanismo de tutela similar o igual al previsto por la norma legal. Ahora bien, como se indicaba al inicio de este epígrafe, dependiendo de la fuente normativa que contempla la obligación subrogatoria, su alcance y consecuencias jurídicas varían. De hecho, en los supuestos de subrogación por vía convencional la asunción de los trabajadores por el nuevo empleador deberá producirse en los términos previstos en la norma convencional y con los límites que en ella se pudieran contener²⁶. Nada impide, y así lo han reconocido los tribunales, que se incorporen requisitos procedimentales a la efectiva puesta en marcha del mecanismo subrogatorio; que se restrinja a trabajadores con un mínimo de antigüedad en la empresa; o, incluso, que se excluya la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario²⁷. Condicionantes, todos ellos, que no resultan admisibles en el supuesto legal.

Finalmente, la obligación de subrogación en las relaciones laborales subsistentes puede derivarse también de cláusulas contractuales, concretamente, del pliego de condiciones que conforman el contrato celebrado entre un organismo público y la entidad privada a la que se encomienda la realización o prestación del servicio público. Así lo ha venido reconociendo en múltiples ocasiones la jurisprudencia social²⁸ y también, aunque con mayores reticencias²⁹, la administrativa³⁰.

²⁶ Entre muchas otras, *vid.*, SSTs de 24 de julio de 2013 (Rec. núm. 3228/2012); de 27 de abril de 2016 (Rec. núm. 329/2015); de 10 de mayo de 2016 (Rec. núm. 2957/2014); de 25 de julio de 2017 (Rec. núm. 2239/2016) y de 20 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 335/2016).

²⁷ Se refiere a ambas limitaciones -antigüedad mínima y exclusión de responsabilidad de la empresa cedente- la STS de 7 de abril de 2016 (Rec. núm. 2269/2014). Un análisis de dicha resolución en: Nores Torres, L.E., "Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016)", en *Información Laboral*, n. 9, 2016, pp. 151-163.

²⁸ Pueden consultarse, entre otras, las SSTs de 12 de febrero de 2014 (Rec. núm. 2028/12); de 27 de abril de 2016 (Rec. núm. 329/15); de 31 de mayo de 2017 (Rec. núm. 234/16) y de 12 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 668/2016).

²⁹ De hecho, en ocasiones se ha negado que dicha obligación se pueda imponer a través de los pliegos de condiciones. Por citar un ejemplo, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de febrero de 2011 (Rec. núm. 741/2009) argumentaba en su fundamentación jurídica que los pliegos de cláusulas administrativas no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo.

³⁰ En este sentido, merece la pena destacar la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de marzo de 2015 (Rec. núm. 180/2013) dispone expresamente que en el ámbito de la subrogación en las relaciones laborales es posible diferenciar tres supuestos: la subrogación legal; la subrogación convencional y la subrogación contractual. Pues bien, en relación a esta última, se afirma que "(...) en estos

3. Extensión del régimen jurídico de la transmisión de empresa a los supuestos de reversión del servicio público: criterios jurisprudenciales

Tras detenernos en los presupuestos que determinan el nacimiento de la obligación de subrogación de los trabajadores, la tipología de formas de sucesión empresarial y el alcance de cada una de ellas, procede a continuación analizar en qué medida la reversión de un servicio público tendría encaje en el concepto de transmisión de empresa. Concretamente, la cuestión se centra en determinar si cuando una entidad pública decide asumir de forma directa la realización de un servicio público que otrora fue externalizado, han de aplicarse o no las consecuencias y efectos asociados a la sucesión empresarial.

Para dar una adecuada respuesta a esta cuestión conviene aclarar, de entrada, que la naturaleza pública del empleador en modo alguno le excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por consiguiente, de la observancia de las mismas garantías reconocidas a los trabajadores del sector privado; siempre y cuando, obvio es decirlo, concurren las notas que caracterizan la existencia del fenómeno sucesorio³¹.

La propia norma europea incluye en su ámbito aplicativo tanto a las empresas públicas como privadas, tengan o no ánimo de lucro. La única excepción, recogida en el art. 1 c) de la Directiva, se refiere a los casos en que se produce una “reorganización de estructuras de la Administración Pública” o la “cesión de competencias administrativas entre Administraciones Públicas”; expresiones, ambas, cuyo alcance se limita a

casos no existe obligación legal o convencional, pero la obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en su caso, *del pliego de condiciones de la contrata*”. Es más, -continúa razonando el tribunal- “(...) una cosa es que no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones la subrogación, como obligatoria para el nuevo adjudicatario, en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo, si bien condicionada a la aceptación de los trabajadores. En otras palabras, la subrogación es obligatoria para el adjudicatario en relación con aquellos trabajadores que manifiesten su aceptación”.

³¹ Así lo demuestra, por lo demás, la existencia de numerosos supuestos de transmisión empresarial analizados en sede judicial donde una de las empresas implicadas en la sucesión ostenta la condición de organismo público. Entre muchas otras, *vid.*, SSTJUE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-175/99 (*Mayeur*) y de 20 de enero de 2011, Asunto C-463/09 (*Clece*).

los supuestos en los que la transmisión tiene por objeto actividades propias del ejercicio del poder público³². Sería el caso, por citar un ejemplo que fue resuelto en sede judicial, de la cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios³³. Sin embargo, no se ha considerado un supuesto habilitante de aquella excepción, la transferencia del personal encargado de los servicios auxiliares de limpieza y mantenimiento de los edificios escolares estatales desde las entidades locales al Estado. La razón que esgrimió el Tribunal para fundar su posición era que la transferencia había supuesto la subrogación no sólo en las actividades y en las relaciones con todo el personal empleado, sino también en los contratos celebrados con empresas privadas para prestar tales servicios³⁴. En otras palabras, la transmisión no tenía por objeto actividades propias del ejercicio del poder público, sino económicas, lo que excluía la virtualidad aplicativa de la excepción analizada.

Aclarado este extremo, existe una profusa y elaborada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en adelante, TS) que a la luz de la normativa europea y de la interpretación que de la misma realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha ido perfilando en qué casos y bajo qué condiciones las normas reguladoras de la transmisión de empresa son aplicables a la reversión de contratos o reasunción de servicios por las Administraciones Públicas. Las líneas maestras en que se basa la actual doctrina unificada del TS pueden reconducirse a las siguientes:

Para empezar, la jurisprudencia es constante al afirmar que en los casos en se produce una «sucesión de contratos» la regla general es que no estamos ante un supuesto de transmisión empresarial sino ante una mera cesión de actividad que se sitúa extra muros del supuesto de hecho tutelado por el legislador *ex art. 44 ET*. Ello es debido a que en la sucesión de contratos no existe propiamente una transmisión de las mismas “(...) sino la finalización de una y el comienzo de otra -formal y jurídicamente distinta- con un nuevo contratista aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores”³⁵.

Igualmente, es doctrina reiterada del TS que la extinción de la contrata y

³² *Vid.*, STJUE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98 (*Collino y Chiappero*).

³³ Como estableció el TJUE en su sentencia de 15 de octubre de 1996, Asunto C-298/94 (*Annette Henke*).

³⁴ STJUE de 5 de abril de 2011, Asunto C-108/10 (*Scattolon*).

³⁵ Por todas, STS de 9 de febrero de 2016 (Rec. núm. 400/2014).

asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial³⁶. Los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal circunstancia habrán de considerarse despedidos por la empresa contratista sin que se genere responsabilidad alguna para la empresa principal. En pocas palabras, el mero hecho de que una Administración Pública pase a gestionar directamente un servicio público que anteriormente se prestaba por una empresa privada no supone, necesariamente, que exista transmisión de empresa.

El criterio jurisprudencial asumido por el tribunal español resulta plenamente coincidente con la doctrina que el TJUE ha mantenido, entre otras, en su conocida sentencia de 20 de enero de 2011 (Asunto *CLECE*). El supuesto de hecho que motivó el planteamiento de la cuestión prejudicial venía referido a una empresa que se encargaba de prestar servicios de limpieza de colegios y dependencias municipales en virtud de un contrato celebrado con un Ayuntamiento. En un momento dado, el ente local decidirá asumir de forma directa la limpieza de sus diversas dependencias rescindiendo la contrata existente. Es importante advertir que el Ayuntamiento no asumió la plantilla de la empresa que anteriormente prestaba el servicio sino que contrató nuevo personal para desempeñar tal actividad. El órgano judicial español formulará diferentes cuestiones prejudiciales, orientadas todas ellas a un elemento común: resolver si la Directiva 2001/23 debía aplicarse a una situación como la descrita.

La cuestión clave se circunscribirá a si la transmisión tenía por objeto una entidad económica que mantuviera su identidad tras el cambio de titularidad. A tenor del relato fáctico, quedará patente que el único vínculo existente entre las actividades ejercidas por ambas entidades era el objeto de la actividad en cuestión -limpieza de locales- sin que se hubiera producido ninguna transmisión de activos, materiales o inmateriales, entre la sociedad y el organismo público. Con lo cual, produciéndose únicamente una identidad en la actividad ejercida, la conclusión que alcanzará el tribunal es que no se ha mantenido la identidad de una entidad económica, condición *sine qua non* para la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23. Y es que, tal identidad

³⁶ *Vid.*, SSTs de 6 de febrero de 1997 (Rec. núm. 1886/1996); de 26 de julio de 2012 (Rec. núm. 3627/2011); de 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 1845/2013); de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 1548/2014); de 9 de febrero de 2016 (Rec. núm. 400/2014); de 16 de junio de 2016 (Rec. núm. 2390/2014); de 19 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 2612/2016, 2629/2016, 2650/2016; y 2832/2016) y de 26 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 3533/2015) y de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 2800/2016).

no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado; su identidad, razona el Tribunal, “(...) resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone”. En base a todo lo anterior, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal español es que la mera asunción por el Ayuntamiento del servicio de limpieza encargada anteriormente a una empresa privada no es suficiente para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la normativa comunitaria.

Sin embargo, debe advertirse que las conclusiones que se acaban de exponer al hilo de la jurisprudencia nacional y europea esbozada son una suerte de reglas o criterios generales que, como tales, son susceptibles de admitir ciertas matizaciones que permitirían llegar a la solución contraria, a saber, que la reasunción del servicio constituye un supuesto de transmisión de empresa situado bajo la órbita del art. 44 ET. Y ello va a depender, esencialmente, de si la Administración Pública no se limita a recuperar la gestión del servicio público anteriormente externalizado sino que acompaña tal decisión con la transmisión de los elementos necesarios para continuar con su prestación.

Especialmente ilustrativas resultan en este sentido una serie de sentencias relativamente recientes del TS referidas todas ellas a la reversión de una concesión administrativa de cocina y restauración por el Ministerio de Defensa para continuar prestando el servicio con personal propio y en las mismas instalaciones³⁷. Su interés reside principalmente en que el Alto Tribunal, con unas sólidas bases argumentativas y haciendo acopio de la vigente doctrina jurisprudencial emanada del TJUE y de la propia Sala Cuarta, va desgranando los aspectos clave que deberán observarse a efectos de apreciar la existencia de sucesión empresarial en los supuestos de reasunción de un servicio público antes gestionado por una empresa privada.

Sucintamente, la cuestión controvertida es común a todas ellas y se centra en discernir si el Ministerio de Defensa, al asumir la gestión directa del servicio con su propio personal y en sus propias instalaciones, ha de hacerse cargo o no de los trabajadores de la empresa a la que se adjudicó la contrata de limpieza y restauración; más claro: si el organismo público en cuestión debería haberse subrogado en la posición de la empresa

³⁷ SSTs de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núms. 2832, 2650, 2612 y 2629/2016). Un estudio de esta jurisprudencia en López Balaguer, M., “Reversión de contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 205, 2018.

contratista.

El TS comenzará su argumentación insistiendo en la regla general antes enunciada relativa a que la mera recuperación de la gestión de un servicio público antes externalizado no supone que estemos en presencia del fenómeno sucesorio. Sin embargo, esta regla no será aplicable en los casos en que la reasunción del servicio vaya acompañada de alguno de los siguientes elementos, individual o conjuntamente considerados: por una parte, que el servicio se continúe prestando con los mismos trabajadores que tenía la empresa contratista que lo venía gestionando hasta ese momento; por otra parte, que se empleen las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura, etc. que las que utilizaba la contratista. La presencia de alguno de estos elementos (o de ambos) determinará que, normalmente, se esté ante un supuesto de transmisión de empresa a los efectos del art. 44 ET.

Lo esencial para que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación del precepto estatutario y de la Directiva es que la reversión del servicio público se produzca con transmisión de elementos personales -caso de que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra- o de los elementos patrimoniales -cuando aquellos sean imprescindibles para continuar con la prestación de la actividad-.

Asumiendo estas premisas, el elemento que otorga una importante singularidad a los supuestos enjuiciados por el TS en estas resoluciones era la titularidad pública de las infraestructuras y de los elementos materiales. Y ello en la medida en que podría suscitarse dudas sobre si las conclusiones recogidas en el párrafo anterior se verían alteradas porque la reasunción del servicio público fuera acompañada de la recuperación de los elementos productivos y de las infraestructuras por la Administración Pública, previamente puestas a disposición de la contratista, pero cuya propiedad en ningún momento dejó de ostentar.

Con buen criterio, el órgano judicial afirmará que tal circunstancia no sólo no es un impedimento para que pueda apreciarse una sucesión empresarial sino más bien lo contrario: será un elemento determinante de su existencia. Y para fundamentar esta afirmación, la Sala hará suyos los razonamientos contenidos en la sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2014, Asunto *Aira Pascual*. La cuestión conflictiva sustanciada ante el tribunal europeo versaba sobre la decisión de una empresa pública (ADIF) de prestar directamente y con su propio personal la actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal. Antes de optar por un modelo de gestión directa, ADIF externalizó mediante un contrato administrativo la gestión de dicho servicio a una empresa

privada. Transcurrido el plazo de ejecución más una primera prórroga, ADIF comunicará a la adjudicataria su voluntad de no seguir prorrogando la contrata, que pasaría a prestar ella misma el servicio con su propio personal y, por último, su negativa a subrogarse en los derechos y obligaciones de aquella frente a su personal.

La empresa que dispensaba el servicio efectuará un despido colectivo por causas productivas y uno de los trabajadores afectados por la decisión empresarial (Sr. *Aira Pascual*) la impugnará ante el Juzgado de lo Social competente. La demanda será estimada inicialmente por incumplimiento de la obligación derivada del artículo 44 del ET al entender que el servicio objeto de controversia seguía prestándose con los mismos medios materiales esenciales para su prestación, para el mismo cliente y en las mismas instalaciones. Disconforme con esta resolución, ADIF recurrirá en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que será finalmente quien planteará cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pues bien, ciñéndonos a los efectos que aquí interesan, el TJUE negará relevancia alguna al hecho de que los elementos materiales necesarios para desarrollar la actividad hayan pertenecido siempre a la empresa pública. Incluso dará un paso más en este sentido, y afirmará que defender una interpretación distinta, esto es, que excluyera del ámbito de aplicación de la Directiva los casos en que los elementos imprescindibles para realizar la actividad siempre hayan sido de titularidad del cesionario, supondría privar de parte de su efectividad a la norma europea.

Retomando el supuesto de hecho enjuiciado por el TS en las resoluciones objeto de análisis, es un hecho indubitado que nos encontramos ante una actividad -restauración- que inicialmente se externalizó y que posteriormente fue asumida directamente por el organismo público mediante su propio personal. Además, es una actividad que descansa sobre los elementos materiales que la integran en tanto en cuanto éstos resultan indispensables para continuar desempeñando la actividad de limpieza. Siendo ello así, hay que verificar si concurren o no los elementos subjetivo y objetivo propios del fenómeno sucesorio, lo que, se adelanta desde ahora, resulta evidente en ambos casos. En cuanto al elemento subjetivo, se produce una reversión del servicio contratado, un cambio de titularidad de la utilización de los medios de producción desde la empresa privada hacia el organismo público; y, respecto al elemento objetivo, el mencionado cambio se acompaña de la entrega de los elementos patrimoniales que son imprescindibles para continuar con la actividad. En definitiva, la reversión de este servicio en manos de la Administración caería de pleno en el espacio propio de la transmisión empresarial y, por

ende, los trabajadores tendrían que ser asumidos por el ente público, junto con el resto de obligaciones y garantía que se derivan del precepto legal. Quedaría pendiente, por último, cuál sería la virtualidad aplicativa del art. 301.4 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, cuyo tenor literal establece cuanto sigue: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”. Nuevamente el TS rechaza este argumento sobre la base de que el precepto legal citado viene referido a un supuesto de hecho distinto al enjuiciado, en el que, por las razones antedichas, existe sucesión de empresa en los términos que establece tanto el art. 44 ET como la Directiva. En todo caso, como ha indicado la doctrina científica, tal prohibición se circunscribía a los contratos de servicios pero no a los a los contratos de gestión de un servicio público que son los que resultan concernidos en los supuestos de reversión de contratos³⁸.

En suma, a la vista de todo cuanto antecede, la conclusión general que puede extraerse es que la cuestión que nos planteamos al inicio de este epígrafe debe responderse en sentido afirmativo. Es decir, el fenómeno de la reversión de servicios públicos previamente externalizados tendría encaje en el concepto de sucesión de empresa del art. 44 ET. Eso sí, para que esto sea así y se imponga a la subrogación de personal al ente público es imprescindible que concurren las mismas exigencias que la jurisprudencia viene requiriendo para la sucesión empresarial en el sector privado: o bien que haya transmisión de elementos patrimoniales básicos para continuar con la explotación de la actividad; o bien que el ente público que va a prestar el servicio asuma una parte significativa de la empresa que venía haciéndolo antes de la reasunción.

Abandonando el supuesto de hecho analizado por las citadas sentencias del Tribunal Supremo, ya hemos visto que la obligación de subrogarse no sólo puede traer causa en la ley, sino que también puede derivar del convenio colectivo aplicable o del pliego de condiciones de un contrato administrativo. Y es en estos casos, singularmente en la vía convencional, cuando la traslación al ámbito de la reversión de servicios públicos de la

³⁸ Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2016, p. 15 (Paginación en formato PDF. Documento consultado en la base de datos Aranzadi). En el mismo sentido, De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016.

obligación subrogatoria puede plantear mayores dificultades.

En efecto, comenzando por la subrogación convencional, no es infrecuente que en el ámbito privado, particularmente en sectores que descansan fundamentalmente en la mano de obra, y que se caracterizan, además, por una excesiva rotación, los negociadores incorporen cláusulas en las que se prevé expresamente la subrogación del personal entre las empresas que se suceden en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio colectivo de que se trate. El problema no estriba en la admisibilidad desde el punto de vista legal de este tipo de cláusulas, debate que hoy por hoy está superado, sino en si puede imponerse tal obligación cuando quien sucede en la prestación del servicio no es una empresa que se encuentra dentro del ámbito aplicativo del convenio colectivo sino el propio organismo público que decide retomar un modelo de gestión directa.

Pues bien, sin perjuicio de la existencia de algún pronunciamiento judicial discrepante, lo cierto es que tanto la doctrina judicial mayoritaria³⁹ como la jurisprudencia⁴⁰, consideran que las obligaciones recogidas en este tipo de cláusulas convencionales no pueden exigirse a las Administraciones Públicas. En extrema síntesis, se argumenta en favor de esta tesis que en aplicación del art. 82.3 ET, en virtud del cual, los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, un convenio ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Es decir, únicamente se encuentran obligados por este tipo de cláusulas los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo y en él sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación de dicho convenio, lo que excluye, *per se*, a las Administraciones Públicas.

En cuanto a la posibilidad de que la obligación de subrogación venga impuesta por los pliegos que regulan el contrato administrativo, debe recordarse que la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, impone al órgano de contratación la obligación de

³⁹ Entre las más recientes *vid.*, STSJ de Navarra de 27 de abril de 2017 (Rec. núm. 125/2017); de Andalucía, de 19 de diciembre de 2017 y de Galicia de 12 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 4030/2017).

⁴⁰ SSTs de 21 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 208/2009); de 11 de julio de 2011 (Rec. núm. 2861/2010) y de 18 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 3299/2011) y de 21 de abril de 2015 (Rec. núm. 91/2014).

informar a los potenciales licitadores, en el propio pliego, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida (art. 130.1). Dicho obligación, en todo caso, operará únicamente si viene impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Enlazando con esta última idea, aunque aludiendo al precepto que recogía un deber de información análogo en la anterior Ley de Contratos del Sector Público (art. 120 Real Decreto Legislativo 3/2011), la jurisprudencia ha advertido sobre el carácter instrumental de la norma en cuanto al establecimiento de una posible obligación sucesoria. Y es que, en opinión del Tribunal Supremo, posición compartida por quien suscribe estas páginas, el precepto legal impone una obligación a la Administración Pública contratante de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial que ha de ser impuesta por disposición legal o convencional, pero no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso; es decir, sólo les informa de las posibles consecuencias de la adjudicación, precisamente para los casos en que las prescripciones legales o convencionales impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador⁴¹.

4. La (difícil) traslación de los efectos subrogatorios en el sector público: la integración del personal como empleado público

En aquellos casos en que la recuperación de la gestión de un servicio público por la Administración Pública constituye un supuesto de transmisión de empresa, ya hemos visto que deberán aplicarse los efectos inherentes al fenómeno sucesorio, en especial, el mantenimiento de las relaciones laborales y la subrogación en las mismas por parte del sujeto que se va a encargar de prestar el servicio, es decir, en los supuestos que estamos tratando, el organismo público⁴². Es en este punto donde la

⁴¹ STS de 12 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 668/2016).

⁴² Si bien en este trabajo vamos a centrarnos exclusivamente en la obligación que tiene el empresario adquirente (Administración Pública) de asumir a los trabajadores, no hay que olvidar que el art. 44 prevé otras consecuencias jurídicas derivadas de la subrogación empresarial que también deberán ser observadas. Me refiero, en particular, al mantenimiento de las condiciones laborales que los trabajadores tuviesen antes de la transmisión, a la continuidad de los efectos del convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión (salvo pacto en contrario) así como al resto de obligaciones

situación se complica notablemente por la dificultad de cohonestar dicho efecto con las exigencias de igualdad, mérito y capacidad que deben regir el acceso a cualquier empleo público. Dificultades que, adelante desde ahora, tratarán de salvarse mediante el recurso a una figura enormemente controvertida como es el personal indefinido pero no fijo.

A efectos de obtener una mejor claridad expositiva, parece conveniente que analicemos ambas cuestiones por separado: de una lado, me detendré brevemente sobre cuál es el contenido y alcance de los principios rectores del acceso al empleo público; y, a continuación, se analizará la virtualidad de la aplicación de la figura del indefinido no fijo al supuesto de reversión de contratos en el ámbito público.

4.1. Breve referencia a los principios rectores del acceso al empleo público

Comenzando por la primera de las cuestiones anunciadas, es por todos sabido que nuestro sistema de acceso a la función pública viene determinado por la necesaria observancia de una serie de principios constitucionales, según los cuales, el acceso a las funciones y cargos públicos debe producirse en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los méritos y capacidades que acrediten los candidatos (art. 103.3 CE). Es decir, si en el sector privado el empresario puede contratar libremente a sus trabajadores sin más limitación que la que se deriva del principio de no discriminación al que aluden los arts. 4.2 c) y 17 del ET, la selección de los empleados públicos, en cambio, ha de realizarse “en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la Ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede establecer preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros, y además, dichos criterios objetivos han de basarse en criterios de mérito y capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia”⁴³.

El cumplimiento de estos principios tiene una enorme trascendencia sobre el conjunto de la función pública ya que, entre otras cuestiones, la eficacia y calidad de los servicios públicos que se prestan a la ciudadanía depende directamente de que produzca la selección de aquellos candidatos más preparados⁴⁴. Consciente de ello, el legislador ha trasladado estas

salariales y de seguridad social y demás deberes de información en los términos que establece el citado precepto estatutario.

⁴³ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 119.

⁴⁴ Marina Jalvo, B., “Consideraciones sobre el Informe para el estudio y preparación del

exigencias constitucionales al art. 55.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo, EBEP) que reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos a acceder a un empleo público de acuerdo con los *principios* constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por lo demás, no debe olvidarse que tales exigencias en materia de acceso son predicables del acceso a un empleo público por parte del personal funcionarial como por parte del personal laboral.

Sentado lo anterior, por lo que se refiere al principio de igualdad en el acceso a la función pública, si tomamos como base la clásica jurisprudencia constitucional acaecida al respecto, los principales rasgos definitorios de dicho principio son⁴⁵:

1. *Configuración legal*. Ello implica que es el legislador quien establece los requisitos y las condiciones que deben reunir los aspirantes que pretendan acceder a la función pública. La única limitación que tendría el legislador en dicha tarea configuradora sería “la proscripción de referencias individualizadas y concretas que, por crear desigualdades arbitrarias, sean incompatibles con los principios de mérito y capacidad”⁴⁶.

2. *Naturaleza no sustantiva*. El texto constitucional no prevé un concepto sustantivo de cargo público sino que remite esta tarea a la normativa reguladora del cargo en cuestión, de manera que la noción de cargos y funciones públicas aparece estrechamente vinculada a la cuestión de la reserva de Ley, debiendo estar a la normativa sustantiva aplicable⁴⁷.

3. *Carácter reaccional*. El derecho consagrado en el art. 23.2 CE, como concreción del principio general de igualdad, otorga a todos los españoles un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en último término, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad⁴⁸. En otras palabras, “exige permitir la participación de

Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 29, 2005, p. 19.

⁴⁵ Una versión más extensa de estos principios rectores puede consultarse en Ramos Moragues, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011. Más reciente en el tiempo y dedicada monográficamente a los principios de igualdad, mérito y capacidad, Fernández Delpuech, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el empleo público*, BOE, Madrid, 2015.

⁴⁶ Puerta Seguido, F., “El acceso al empleo público”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, Madrid, 2007, p. 401.

⁴⁷ Pulido Quecedo, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992 pp. 66-67.

⁴⁸ *Vid.*, entre muchas otras, las SSTC 50/1986, de 23 abril (Rec. núm. 511/1985);

todo ciudadano en los procesos selectivos para el empleo público, sin que se establezcan requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas que puedan generar discriminación⁴⁹.

4. *Extensión del principio a lo largo de la relación laboral o funcionarial.* Por último, debe advertirse que la aplicación de este principio no sólo se circunscribe al momento del acceso a la función pública sino también durante el desarrollo de la carrera profesional. Es decir, a través de este derecho se garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga⁵⁰.

Por su parte, el sistema de mérito y capacidad actualmente consagrado en el Texto Constitucional surge como una reacción al modelo de función pública que imperaba en los países de ideología liberal, donde el nombramiento de los cargos y empleos públicos se llevaba a cabo a través del denominado como *spoils system* o sistema de botín. El rasgo por excelencia que define dicho sistema es que tanto el nombramiento como el cese de los empleados públicos tienen carácter libre, lo que en la práctica se traduce en que el cambio de unos funcionarios por otros está en función de las alternancias políticas en el gobierno. El empleo público se configura, de este modo, como una moneda de cambio a través de la cual se recompensa a quienes han apoyado al partido político que ganaba las elecciones⁵¹.

Frente al modelo de *spoils system*, se irá imponiendo en determinados países⁵², entre ellos España, los principios de mérito y capacidad como criterios para la selección de los funcionarios públicos. El objetivo era claro, a saber, configurar una función pública profesionalizada en la que la alternancia política no condicionase el cambio de unos funcionarios por otros, con los riesgos que dicha práctica conlleva, no sólo para aquellas personas que perdían su empleo, sino también para la gestión de la cosa pública, para el sistema funcionarial en su conjunto⁵³.

Y es que, tal y como se ha destacado por la doctrina, la configuración de

30/1997 de 24 de febrero (Rec. núm. 1321/1993); 156/1998, de 13 de julio (Rec. núm. 3455/1995) y 99/1999, de 31 de mayo (Rec. núm. 2527/1995).

⁴⁹ Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función...*, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰ STC 220/1991, de 25 de noviembre (Rec. núm. 524/1989).

⁵¹ Parada Vázquez, R., *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 12-13.

⁵² *Vid.* un estudio de las causas que favorecieron la evolución desde el sistema de *spoils system* hacia sistema de mérito y capacidad en Parada Vázquez, R., *Derecho del empleo...*, *op. cit.*, pp. 13-15.

⁵³ Martín Retortillo, L., *Méritos o botín*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 30-31.

un sistema de acceso a la función pública con observancia de los principios de mérito y capacidad se relaciona con las *garantías de imparcialidad*, pues el seleccionado por su mérito y capacidad deberá su selección y nombramiento a tales criterios objetivos, lo que le permitirá ser imparcial en el ejercicio de las tareas para las que ha sido seleccionado; con el *principio de eficacia*, porque los seleccionados en razón del mérito y la capacidad serán los más aptos para actuar eficazmente; y con el *acceso en condiciones de igualdad*, en la medida en que sólo el mérito y la capacidad personal justificarán las preferencias en los procesos de reclutamiento, quedando cualquier otra circunstancia personal al margen de la selección⁵⁴. Dicho esto, en cuanto al alcance de los principios de mérito y capacidad, será suficiente a los efectos que aquí interesan con efectuar las siguientes consideraciones: de entrada, debe advertirse que la aplicación de los mentados principios tiene como principal consecuencia la imposibilidad de que el legislador no sólo establezca diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino de manera más concreta, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad. A mayor abundamiento, la capacidad y, especialmente, los méritos a tener en cuenta, deberán estar relacionados con la función que se vaya a desempeñar, sin que bajo ningún concepto, puedan establecerse en términos tales que se consideren fijados en atención a personas determinadas⁵⁵.

De otra parte, repárese en que los principios de mérito y capacidad “apoderan al legislador y a la Administración para que configure en términos de libertad los requisitos para acceder a la función pública en cada caso concreto, pero al mismo tiempo su consideración como conceptos jurídicos indeterminados determina la exclusión de cualquier idea de libre arbitrio -configuración legal y concreta-”⁵⁶.

En tercer lugar, las exigencias legales y constitucionales de mérito y capacidad se extienden a los sistemas y criterios utilizados por las Administraciones Públicas para seleccionar a su personal. Ello implica que aunque las Administraciones dispongan de libertad para establecer los sistemas de acceso a la función pública y los criterios de selección, no se trata de una facultad absoluta sino que presenta como límite que tanto unos como otros deberán garantizar que los candidatos seleccionados de entre los distintos aspirantes sean aquellos que reúnan mayores méritos y

⁵⁴Así lo señala, Ruano Rodríguez, L., *Constitución, función pública y empleo laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 40-41.

⁵⁵ *Vid.* STC 27/1991 de 14 de febrero (cuestiones de inconstitucionalidad núm. 1359/1986 y 2265/1989).

⁵⁶ Puerta Seguido, F., “El acceso al empleo...”, *op. cit.*, p. 407.

estén más capacitados⁵⁷.

Significar, en fin, que desde algún sector doctrinal se ha defendido la delimitación entre ambos términos, “capacidades” y “méritos”, vinculando al primero aquellos aspectos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas cuya finalidad perseguida es la de constatar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes, lo que conlleva ineludiblemente la asociación del concepto de capacidad al sistema de selección basado en la oposición; mientras que, en relación con el segundo de ellos, esto es, los méritos, englobaría aquellos aspectos que hacen referencia a las cualidades adquiridas por los aspirantes durante su trayectoria profesional, cuya acreditación se lleva a cabo por medio del instrumento selectivo denominado “concurso”⁵⁸.

Visto, siquiera sea sucintamente, cuál es el alcance y contenido de los principios rectores del acceso al empleo público, el problema jurídico surge cuando el organismo público decide recupera la gestión de un servicio público antes externalizado y tal decisión constituye un supuesto de sucesión empresarial en los términos ya analizados; pues, en tal caso, ha de asumir en su propia plantilla al personal de la empresa privada que venía prestando el servicio con anterioridad. En efecto, si aplicamos *strictu sensu* el derecho laboral, este personal obtendría la condición de empleado público de manera ajena a cualquier proceso selectivo, lo que constituye una vulneración de los arts. 23 y 103.3 de la CE así como de sus homólogos legales. Es en este punto donde desde algún sector doctrinal se ha propuesto como solución “intermedia” el recurso a la controvertida figura del personal indefinido pero no fijo. Solución intermedia, entendida en el sentido de que a través de ella se podrían conciliar las exigencias de ambos ordenamientos jurídicos, el social y el administrativo.

4.2. La reasunción de personal en el ente público a través de la polémica figura del “indefinido pero no fijo”

Resulta de dominio público que las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas se ven impregnadas de múltiples singularidades que se manifiestan tanto en el inicio de la relación laboral como durante su desarrollo y desenlace. Buena parte de estas particularidades afectan al régimen de contratación laboral y, de manera muy significativa, a las

⁵⁷ Ruano Rodríguez, L., *Constitución, función pública...*, *op. cit.* p. 44.

⁵⁸ En este sentido, Erkoreka Gervasio, J.I., “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisitos de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas”, *Revista vasca de administración pública*, n. 44, 2, 1996, pp. 266-267.

consecuencias jurídicas que se derivan de la contratación temporal realizada en fraude de ley o contraviniendo las exigencias normativas. Aunque la Administración, como empleador, puede recurrir perfectamente a las distintas modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, incluyendo, por supuesto, las que se encuentran sujetas a una duración cierta, las dificultades surgen a la hora de conciliar las previsiones del Derecho del Trabajo para evitar una utilización abusiva de la temporalidad, recogidas básicamente en el art. 15 apartados 3 y 5 ET, con los principios de igualdad, mérito y capacidad que, como hemos visto, imperativamente han de regir el acceso al empleo público.

Es en este contexto en el que surgirá la controvertida figura de origen jurisprudencial del personal indefinido pero no fijo. La imposibilidad de aplicar el mecanismo de tutela previsto en el ordenamiento laboral consistente en la configuración de un juego de presunciones cuya operatividad hace que la relación laboral devenga indefinida, pues ello conculcaría los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, abriéndose una suerte de puerta falsa de acceso al empleo público, propició que la jurisprudencia, en la década de los noventa⁵⁹ y, todo sea dicho, en un alarde de creatividad normativa no exenta de grandes críticas (y votos particulares muy sólidos discrepantes con el parecer mayoritario de la Sala), diera carta de naturaleza a una nueva categoría de personal -el personal indefinido no fijo- inexistente hasta ese momento y que sólo muchos años más tarde y con ciertos avances respecto a la posición original en orden a las consecuencias jurídicas que se suceden como consecuencia del cese de tales trabajadores, se ha acabado reconociendo también a nivel legislativo (arts. 8.2 c) y 11 EBEP); eso sí, de una manera claramente insuficiente, al omitir cualquier consideración sobre los elementos esenciales de esta figura, señaladamente, sobre su régimen extintivo.

No es posible, por razones de espacio, detenernos en los no pocos vaivenes experimentados por la jurisprudencia hasta alcanzar la situación actual, ni tampoco en las múltiples cuestiones interpretativas que, todavía hoy, sigue suscitando esta figura; aspectos que, por lo demás, han sido abordados por los estudiosos de este tema⁶⁰. Será suficiente en este

⁵⁹ SSTs de 20 y 21 enero de 1998 (Rec. núm. 317/1997 y 315/1997, respectivamente.).

⁶⁰ Pueden consultarse, entre otros, Folguera Crespo, J., "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral*, n. 18, 1992, pp. 337-343; Carratalá Teruel, J.L. y Labado Santiago, J.M., "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, n. 13, 1993, pp. 71-74; Borrajo Dacruz, E., "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, n. 2, 1998, pp. 373-406; Garrido

momento con señalar que, actualmente, si el empleador es una Administración Pública, la irregular celebración de contratos temporales se saldará con su conversión en indefinidos. Ahora bien, dicha circunstancia no implicará la adquisición por el trabajador de fijeza en plantilla con adscripción definitiva al puesto de trabajo sino que el contrato se extinguirá cuando el puesto se cubra conforme al procedimiento reglamentario oportuno o, en su defecto, cuando la administración proceda a su amortización. En ambos casos (cobertura de la plaza y amortización) la jurisprudencia ha establecido, superando criterios anteriores mantenidos por la propia Sala Cuarta⁶¹, que el trabajador tendrá derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1 b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. En este sentido, se ha afirmado por el Tribunal Supremo que “la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”⁶².

Palacios, J., “Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998, pp. 183-192. Goerlich Peset, J.M. y Vega López, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los ‘trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla’”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1998. Moliner Tamborero, G., “La contratación de personal laboral por las administraciones públicas: Puntos críticos”, en Moliner Tamborero, G. (dir.), *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 17-112; Ramos Moragues, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.

⁶¹ Inicialmente, la jurisprudencia llegó a señalar que el contrato indefinido no fijo en administraciones públicas es un contrato sometido a la condición resolutoria implícita de provisión reglamentaria de la plaza, por lo que habilitaba a la Administración para extinguir el contrato, previa denuncia, cuando el puesto desempeñado desaparece por amortización y sin necesidad de recurrir a la vía del despido objetivo (STS de 22 de julio de 2013, Rec. núm. 1380/2012). Del mismo modo, se entendía que en los supuestos de extinción del contrato por cobertura de la plaza, el trabajador indefinido tenía derecho a la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET para los contratos temporales (STS de 24 de junio de 2014, Rec. núm. 217/2013).

⁶² STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. núm. 1664/2015). Tesis jurisprudencial asumida y reiterada por la doctrina judicial, entre otras, SSTSJ de Andalucía, de 8 de noviembre de 2017 (Rec. núm. 3582/2016) y de Castilla La Mancha, de 13 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 738/2017).

En este estado de las cosas, puede apreciarse una cierta identidad de razón entre la situación que motivó el origen de la figura del indefinido no fijo en materia de contratación laboral irregular y la situación que aquí se plantea. El punto en común es que en ambos casos la traslación de los efectos o consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento laboral colisionan frontalmente con los principios de acceso a la función pública. Mientras en materia de contratación laboral, una aplicación estricta del derecho del trabajo implicaría convertir en indefinida la relación laboral que une al empleado público con el organismo; en la sucesión de empresa, en cambio, la entidad pública deberá integrar en su plantilla a los trabajadores como empleados públicos. Por tanto, más allá de algunas diferencias de matiz -en un caso ya era personal de la administración pública, mientras que en el otro los trabajadores provienen de una empresa privada y van a adquirir por primera vez el estatus de empleado público- en el fondo el conflicto es el mismo: ocupar un empleo público al margen de un procedimiento que respete los requisitos de igualdad, mérito y capacidad; de ahí que la solución encontrada en su momento por la jurisprudencia podría ser extrapolable en los casos en que la incorporación a la plantilla del organismo público se produce como consecuencia del fenómeno sucesorio.

De hecho, esta es la posición que mantiene buena parte de la doctrina científica⁶³ y también es la tesis que se viene defendiendo -sin grandes argumentaciones, todo sea dicho- desde hace algunos años por la doctrina judicial⁶⁴. No así por parte de la jurisprudencia, cuya posición al respecto,

⁶³ Así lo consideran, entre otros, De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016, pp. 112-122; Rodríguez Escanciano, S., *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencia de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de la Trabajadores*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010, p. 35; y Nores Torres, L.E., “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia.*, n. 2, 2016 (versión electrónica EDB 2016/31303). Dicho autor desarrolla esta tesis y, en relación al modo en el que articular esta figura, considera que ante la inexistencia de una modalidad contractual específica para el indefinido no fijo podrían darse tres alternativas: la primera sería recurrir al contrato ordinario indefinido, sin perjuicio de que al producirse la cobertura de la plaza o amortización de la misma procedería su extinción con la indemnización correspondiente; la segunda sería la inclusión como cláusula contractual la extinción por las causas antedichas (cobertura o amortización); la tercera y última, se canalizaría mediante la introducción en el contrato de una condición resolutoria en los mismos términos antedichos.

⁶⁴ Entre otras, *vid.*, SSTSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de enero de 2009 (Rec. núm. 129/2008) y de Andalucía, Granada, de 13 de mayo (Rec. núm. 1019/2015) y de 2 de julio de 2015 (Rec. núm. 1019/2015).

a día de hoy, no conocemos; pues si bien dicho órgano judicial, como hemos visto a lo largo de este trabajo, ha señalado en numerosas resoluciones que la reversión puede constituir un supuesto de transmisión empresarial con los efectos y consecuencias propias de esta institución, todavía no ha tenido que pronunciarse sobre la forma y condiciones en que deberían integrarse los trabajadores de la empresa en la plantilla del organismo público, al no haberse planteado tal cuestión por las partes interesadas. Entre tanto esto no se produzca, lo que viene a decir la doctrina judicial es que el mecanismo de sucesión *ex lege* previsto en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de sucesión empresarial es indisponible para las partes, es decir, se trata de una norma de *ius cogens*; con lo cual, si concurren todos los requisitos exigidos para que opere, el mismo entrará en juego independientemente de la naturaleza jurídica pública o privada de las entidades empleadoras en las que preste servicios sucesivamente el trabajador. Ahora bien, lo anterior no impide que “(...) en aquellos casos especiales en los que un trabajador ingrese en la plantilla laboral de una Administración Pública como consecuencia de un cambio de empresario y *ex* artículo 44 del Estatuto, lo hará en la condición de indefinido no fijo de plantilla, con todas las consecuencias a ello inherentes”⁶⁵. Añadiéndose en esta línea que los trabajadores que se integren en el ente público por la vía de la subrogación empresarial, solamente pueden ser considerados como “indefinidos no fijos”, con las consecuencias previstas en la Disposición Adicional 15ª del ET, esto es, “(...) ello no es obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable y el trabajador indefinido no fijo continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”⁶⁶.

Sin embargo, frente a las posiciones judiciales y doctrinales que abogan por la aplicación de la tesis del indefinido no fijo, otro sector doctrinal considera que la figura del indefinido no fijo no es adecuada para el supuesto de la reversión de la gestión de un servicio público que constituye un supuesto de transmisión de empresa, argumentando en tal sentido que a través de la sucesión no cabe la transformación de la relación

⁶⁵ STSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de enero de 2009 (Rec. núm. 129/2008).

⁶⁶ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 1693/2011).

laboral de fija en “indefinida no fija” y, especialmente, que no existe una identidad entre el supuesto que originó la doctrina del indefinido no fijo, a saber, una respuesta judicial a la contratación temporal celebrada en fraude de ley, con el supuesto actual que obedece meramente a la aplicación del mecanismo subrogatoria previsto por la normativa laboral y comunitaria, lo que impediría su extrapolación⁶⁷. Al margen de estos argumentos, habría que añadir que la consideración como personal indefinido no fijo, por más que ésta se haya “reconocido” legalmente, no es fruto de una decisión unilateral de la Administración Pública sino que obedece a una declaración judicial en la que se constata el carácter fraudulento o irregular de la contratación temporal celebrada por la Administración.

Sea como fuere, la realidad es que más allá de los argumentos dados en uno y otro sentido, tendremos que esperar una futura intervención del Tribunal Supremo en la que tendrá que clarificar la forma en que deberá integrarse dicho personal en las plantillas de los entes públicos. En todo caso, facilitaría mucho dicha labor, una intervención legislativa, esperada ya desde hace muchos años, dirigida de una vez por todas a disciplinar el régimen jurídico del personal indefinido pero no fijo.

5. Bibliografía

- Borrajo Dacruz, E., “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 1998, pp. 373-406.
- Calvo Gallego, F.J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público”, *Temas Laborales*, n. 114, 2012.
- Cantero Martínez, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado”, *Documentación Administrativa*, n. 286-287, 2010.
- Cantero Martínez, J., “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

⁶⁷ *Vid.*, Mauri I Majos, J., “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 112 y ss. Participa de esta opinión, Castillo Blanco, F.A., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales...*, *op. cit.*, p. 109.

- Carratalá Teruel, J.L. y Labado Santiago, J.M., “Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública”, *Tribuna Social*, n. 13, 1993.
- Castillo Blanco, F.A., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2017, p. 20.
- De La Puebla Pinilla, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016 (versión electrónica La Ley 2717/2016).
- Erkoreka Gervasio, J.I., “Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisitos de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas”, *Revista vasca de administración pública*, n. 44, 2.
- Esteve Pardo, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n. 202.
- Fernández Delpuech, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el empleo público*, BOE, Madrid, 2015.
- Folguera Crespo, J., “Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales”, *Actualidad laboral*, n. 18, 1992.
- Garrido Palacios, J., “Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998.
- Goerlich Peset, J.M. y Vega López, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los ‘trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla’”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1998.
- López Balaguer, M., “Reversión de contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 2832, 2650, 2612, 2629/2016)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 205, 2018.
- Madrigal Esteban, M.J. y Martínez Saldaña, D., “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 40, 2015.
- Marina Jalvo, B., “Consideraciones sobre el Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 29, 2005.
- Martín Retortillo, L., *Méritos o botín*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- Mauri I Majos, J., “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017.
- Moliner Tamborero, G., “La contratación de personal laboral por las administraciones públicas: Puntos críticos”, en Moliner Tamborero, G. (dir.),

- La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Nores Torres, L.E., “La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, n. 2, 2016 (versión electrónica EDB 2016/31303).
- Olías De Lima Gete, B., “Cara y cruz de la externalización”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Crisis y externalización de servicios en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.
- Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, en *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2016.
- Parada Vázquez, R., *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Puerta Seguido, F., “El acceso al empleo público”, en AA.VV. (Ortega Álvarez, L. dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, Madrid, 2007.
- Pulido Quecedo, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.
- Ramos Moragues, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.
- Revilla Esteve, E., “Problemas actuales del régimen del personal en contrataciones de obras y servicios en las Administraciones Públicas”, *Documentación Laboral*, n. 106, 2016, pp. 87-96.
- Rodríguez Escanciano, S., *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencia de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010.
- Rodríguez Escanciano, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 37, 2015.
- Ruano Rodríguez, L., *Constitución, función pública y empleo laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Sánchez Morón, M., *Derecho de la Función Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- Tornos Mas, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016.

Robótica, empleo y seguridad social. La cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar*

Miguel Ángel GÓMEZ SALADO**

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto abrir la discusión y el debate en torno a una temática muy actual: la posible cotización de los robots a la Seguridad Social. Primeramente, se analizarán los efectos de la robotización en el empleo. Seguidamente, se estudiará el avance de la Unión Europea hacia la regulación de la robótica y de la inteligencia artificial, así como la introducción de mecanismos que posibiliten la cotización de los robots para poder salvar el actual Estado del Bienestar. Tras ello, se hará hincapié en la necesidad de crear una personalidad jurídica específica para los robots, de manera que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados “personas robóticas” o “personas electrónicas” con sus propias características y repercusiones. Finalmente, se expondrán algunas reflexiones sobre la repercusión que puede tener la cotización de los robots en la innovación, en el desarrollo tecnológico y en la productividad de las empresas.

Palabras clave: Cotización a la seguridad social, empleo, personalidad jurídica, robotización, robots.

SUMARIO: 1. Marco introductorio. 2. Los robots y las máquinas inteligentes. 3. Los efectos de la revolución robótica en el empleo. 4. La cotización de los robots a la seguridad social. 4.1. La seguridad social: un punto de partida. 4.2. La posible contribución a la seguridad social de los robots y de las máquinas inteligentes. 4.2.1. La necesaria regulación en materia de robótica e inteligencia artificial. 4.2.2. La cotización de los robots inteligentes. 4.2.3. ¿Nuevos sujetos obligados a cotizar? 4.2.4. ¿Se desincentivaría la innovación tecnológica? 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

* Este trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación en la National University of Ireland, Maynooth (desde junio hasta septiembre de 2017).

** Personal Investigador en Formación (FPU), Ministerio de Educación, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga. Magsalado@uma.es.

Robotics, employment and social security. The contribution of robots to Social Security in order to save the current Welfare State

ABSTRACT: The present work aims to open the discussion and debate around a very current issue: the possible contribution of robots to Social Security. First, the effects of robotization on employment will be analyzed. Then, the progress of the European Union towards the regulation of robotics and artificial intelligence will be studied, as well as the introduction of mechanisms that allow the quotation of robots to save the current Welfare State. After this, emphasis will be placed on the need to create a specific legal personality for robots, so that at least the most complex autonomous robots can be considered “robotic persons” or “electronic persons” with their own characteristics and repercussions. Finally, there will be some reflections on the impact that the contribution of robots can have on innovation, on technological development and on the productivity of companies.

Key Words: Contribution to social security, employment, legal personality, robotization, robots.

1. Marco introductorio

En el presente trabajo tenemos como objetivo el examen, desde el punto de vista jurídico, de los problemas que han surgido a raíz de la robotización o revolución robótica -la cual se caracteriza por el crecimiento significativo del número de robots y por el avance de la inteligencia artificial-, centrándonos principalmente en el examen de la incidencia de dicha revolución en el mercado de trabajo para, posteriormente, estudiar la cotización de los robots como una vía posible para garantizar el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social europeos.

Nos hallamos ante un estudio donde se efectúa no solo un examen de la doctrina existente (muy escasa o prácticamente inexistente sobre la robotización del empleo), sino también un análisis de diversos informes y de una resolución que ha sido recientemente aprobada -en febrero del presente año 2017- por el Parlamento Europeo sobre normas de Derecho Civil en la robótica con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la materia, que si bien tiene una mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Civil, especialmente, en lo que se refiere al establecimiento de las normas reguladoras de la responsabilidad derivada de los daños que pudieran causar los robots y las nuevas máquinas inteligentes, no puede desmerecerse su importante enfoque jurídico-laboral.

La robotización de la economía es una problemática especialmente compleja e igual de importante que el progresivo envejecimiento de la población que se espera en las próximas décadas, ya que puede desencadenar una destrucción de puestos de trabajo masiva como no se había visto antes (estos puestos de trabajo ya no volverán jamás y serán sustituidos por máquinas más eficientes) y ello podrá suponer una amenaza para la sostenibilidad futura de los sistemas de Seguridad Social europeos.

En lo que respecta a la destrucción de empleo, según un reciente informe¹ del World Economic Forum, serán destruidos a consecuencia de la revolución robótica aproximadamente 7,1 millones de puestos de trabajo en los 15 países más industrializados del mundo entre 2015 y 2020 frente a los 2 millones de empleos que se crearán -fundamentalmente en los campos relacionados con informática, las matemáticas, la arquitectura y la ingeniería-.

¹ World Economic Forum, *The future of jobs: Employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution (El futuro de los empleos: Estrategia de empleo, habilidades y mano de obra para la cuarta revolución industrial)*, 2016, <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs>.

Conforme a un estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)², en países como Austria, Alemania o España podrían desaparecer aproximadamente el 12% de los puestos de trabajo como consecuencia de la revolución robótica, frente al 9% de la media de los puestos de los países de la OCDE.

Los medios de comunicación nos muestran a diario³ que la revolución de los robots está dando lugar a numerosas y muy diversas interpretaciones, por un lado, en relación al futuro de los empleos y, por otro lado, en relación a la evaluación de propuestas y medidas -como la cotización de los robots a la Seguridad Social o la creación de impuestos específicos para los robots- para tratar de combatir los posibles efectos negativos de este fenómeno: una drástica destrucción de puestos de trabajo -que ya se ha apuntado- y una disminución de los ingresos de los distintos estados (cotizaciones a la Seguridad Social e impuestos sobre la renta de las personas físicas).

Entre estas nuevas propuestas que han surgido recientemente se encuentra, como ya se ha apuntado en el párrafo anterior, la que sugiere que los robots y las máquinas inteligentes contribuyan mediante cotizaciones sociales a la Seguridad Social por el trabajo que realizan para así asegurar la viabilidad de los sistemas de Seguridad Social. Sin duda, esta idea, que cuenta tanto con apoyos sólidos como con detractores fácilmente reconocibles⁴, se traduce en un intento de salvar los pilares que sostienen y respaldan el Estado del Bienestar europeo: básicamente el

² OCDE, *El riesgo de la automatización en el trabajo (The risk of automation for jobs in OECD countries)*, 2016, <http://www.ifuturo.org/sites/default/files/docs/automation.pdf>.

³ En los medios de comunicación suelen aparecer a diario titulares preocupantes que anuncian la llegada de la revolución de los robots inteligentes. Precisamente, los siguientes trabajos puede servir como ejemplos: “¿Deben los robots contribuir a pagar el Estado de bienestar?”, *Expansión*, 2018, <http://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2018/02/03/5a75e5afe5fdea1e5b8b4653.html> y “¿Tienen que cotizar los robots a la Seguridad Social?”, *El País*, 2016, https://economia.elpais.com/economia/2016/10/16/actualidad/1476612103_361082.html.

⁴ Entre los primeros, se hallan precisamente los sindicatos. Por poner un ejemplo, el secretario general de la Unión General de Trabajadores de España (UGT) ha propuesto recientemente, en la convención anual de los delegados asturianos, que las empresas “coticen a la Seguridad Social” por los robots que han desplazado a numerosos trabajadores de las cadenas de producción (*vid.* “También hay que cotizar por los robots”, *El País*, 2016, https://elpais.com/elpais/2016/10/17/opinion/1476727037_809166.html). Entre los detractores encontramos a las empresas, fundamentalmente las compañías del área de la robótica, que temen que la propuesta suponga un retroceso en la productividad y en la competitividad de las empresas que apuestan por el uso de las nuevas tecnologías y que invierten en robots y máquinas inteligentes.

sistema de pensiones, la sanidad, la educación y el empleo.

De partida, hay que reconocer la enorme complejidad que supone ejecutar y articular, jurídicamente, un nuevo mecanismo en el que tengan cabida las cotizaciones de los robots a la Seguridad Social en favor del progreso social, y sin que ello represente una pérdida de inversiones y, por lo tanto, un menor crecimiento económico. El reto de este nuevo planteamiento está en conseguir mejorar los ingresos y aumentar las cotizaciones, pero sin perjudicar la innovación y el desarrollo tecnológico.

En síntesis, lo que se pretende con este análisis es abrir la discusión y el debate en torno a una temática tan actual y dinámica como es la robotización del empleo. En primer lugar, se estudiará esta problemática, así como el impacto de la robótica y de la inteligencia artificial en el mercado de trabajo. Posteriormente, se analizará el avance de la Unión Europea hacia la regulación de la robótica y de la inteligencia artificial, así como la introducción de mecanismos que permitan la cotización de los robots para garantizar la sostenibilidad de los regímenes de seguridad social europeos. Después, se pondrá de manifiesto la necesidad de crear una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados “personas robóticas” o “personas electrónicas” con sus propias características y repercusiones. Para concluir, se reflexionará sobre el impacto que puede tener la cotización de los robots en la innovación, en el desarrollo tecnológico y en la productividad de las organizaciones.

2. Los robots y las máquinas inteligentes

Encontrar algunas claves que permitan delimitar el concepto de robotización y el lugar que ocupa en la sociedad actual nos conduce a revisar la historia de las cuatro revoluciones industriales.

La primera⁵ significó la introducción de sistemas de producción urbanos, industrializados y mecanizados⁶, es decir, la incorporación de máquinas en

⁵ La introducción de la máquina de vapor (1784) en las diversas industrias fue un aspecto clave para el éxito de la primera revolución, dado que su uso conllevó un aumento notable de la capacidad de producción. Sobre esta cuestión, resultan interesante la siguiente lecturas: Salort Vives, S., *Revoluciones industriales, trabajo y estado del bienestar: la gran ruptura mundial contemporánea*, Madrid, Silex, 2012; y Peemans, J.P., “Revoluciones industriales: modernización y desarrollo”, *Revista historia crítica*, n. 6, 1992.

⁶ La mecanización se define como la incorporación de máquinas para realizar ciertas tareas. La finalidad no es otra que realizar, con una mayor rapidez en el trabajo y una mejor calidad en el resultado, determinadas tareas y acciones que anteriormente se llevaban a cabo manualmente.

la realización de determinadas tareas. Más tarde, la segunda revolución trajo consigo la división del trabajo, la producción en serie y la electricidad. Ya en la tercera se implantaron líneas automatizadas de producción y se extendieron los dispositivos electrónicos. En este sentido, parece conveniente señalar que la automatización supuso dar un paso más allá de la mecanización, ya que implicó la supresión parcial o total de la intervención de los seres humanos en el desempeño de tareas muy diversas.

Estas tres oleadas de transformaciones han cambiado el trabajo humano mucho más en doscientos años que en diez mil. No obstante, el proceso no ha finalizado, sino más bien todo lo contrario, pues son numerosos los autores que hablan ya de una cuarta revolución industrial⁷, también conocida como revolución de los robots, revolución robótica o robotización, que se caracteriza por el auge de la inteligencia artificial y de los robots.

Sentado lo anterior, podría definirse la robotización como una total automatización de los procesos, sin la intervención humana, basada en el establecimiento de redes inteligentes que pueden tomar decisiones, cooperar y controlarse a sí mismas en función de las necesidades y del medio.

Para comprender mejor este avance imparable de los robots y de la inteligencia artificial, es conveniente también definir qué se entiende por “robot”. Esta denominación de robot es relativamente reciente, pero el concepto en sí es muy antiguo. Y es que antiguamente aparecía expresado, entre otros sinónimos, como autómeta. En cualquier caso, la primera vez

⁷ La cuarta revolución industrial ya ha llegado. Y con ella, se presenta un nuevo y cambiante entorno económico y laboral mucho más mecanizado en el cual tanto los robots como la inteligencia artificial están llamados a ocupar un papel cada vez más decisivo en el sistema productivo. Entre otros, Navarro, P.A., “La revolución de los robots: La cuarta revolución industrial apunta hacia la automatización total de la manufactura. El 45 por ciento de las tareas humanas son reemplazables por máquinas”, *El siglo de Europa*, n. 1191, 2017, quien afirma que “La cuarta (revolución) apunta hacia la automatización total de la manufactura. Su denominación proviene de un proyecto de estrategia de alta tecnología puesto en marcha por el Gobierno alemán, en el que llevan trabajando desde 2013 para llevar su producción a una total independencia de la mano de obra humana. La automatización, tal y como se mencionaba, se está desarrollando a través de sistemas ciberfísicos que combinan maquinaria física y tangible con procesos digitales, y que son capaces de tomar decisiones y de cooperar -entre ellos y con los humanos- mediante el ‘internet de las cosas’ (concepto que hace referencia a la interconexión digital de objetos cotidianos y máquinas con internet) para dar lugar a lo que ya se conoce como *fabrica inteligente*”, si bien pueden mencionarse otros autores como García Díaz, F.J., “La robótica y el cambio de paradigma de la cuarta revolución industrial”, *Revista de privacidad y derecho digital*, n. 2, 2016.

que se utilizó el término robot fue en el año 1923 por el escritor Karel Čapek en su obra teatral R.U.R. (Rossum's Universal Robots), palabra que procede del término checo robotnik cuyo significado es “siervo”, “servidor” o “trabajador forzado”.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) señala que un robot puede ser definido como una “máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas”⁸.

Conforme a la acepción que proporciona la Enciclopedia Británica, puede definirse como “cualquier máquina operada automáticamente que reemplaza a la fuerza humana, aunque no se asemeja a los seres humanos en apariencia ni realiza sus funciones de la misma manera”⁹.

Por su parte, el Diccionario Merriam Webster define el término robot de tres maneras diferentes: “máquina que se asemeja a los humanos y desarrolla como ellos tareas complejas como andar o hablar”; “dispositivo que desarrolla de manera automática tareas complicadas, a menudo de manera repetitiva”; y “mecanismo guiado por control automático”¹⁰.

Se habla otras veces de robot de un modo más específico como “la máquina robotizada” que “se caracteriza porque puede manejar objetos y, lo más interesante, es un dispositivo multifuncional y reprogramable. Una máquina robotizada es capaz de hacer trabajos totalmente diferentes y adaptarse al medio, ya que puede tomar decisiones en función de las

⁸ El Diccionario de la Real Academia Español contiene dos acepciones sobre el término robot, primeramente lo define como “máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas” y, luego como “programa que explora automáticamente la red para encontrar información”. A estos efectos, puede consultarse el siguiente enlace: <http://dle.rae.es/?id=WYRlhzm>.

⁹ Según la Enciclopedia Británica: “Robot, any automatically operated machine that replaces human effort, though it may not resemble human beings in appearance or perform functions in a humanlike manner”. Traducido al español. Un robot es “cualquier máquina operada automáticamente que reemplaza a la fuerza humana, aunque no se asemeja a los seres humanos en apariencia ni realiza sus funciones de la misma manera”. *Vid.* el siguiente enlace: <https://www.britannica.com/technology/robot-technology>.

¹⁰ Según el Diccionario Merriam Webster, un robot es: “a machine that looks like a human being and performs various complex acts (such as walking or talking) of a human being” (en español, “una máquina que se asemeja a los humanos y desarrolla como ellos tareas complejas como andar o hablar”; “a device that automatically performs complicated often repetitive tasks” (lo que se traduce como “un dispositivo que desarrolla de manera automática tareas complicadas, a menudo de manera repetitiva”); y “a mechanism guided by automatic controls” (es decir, “un mecanismo guiado por control automático”. Puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/robot>.

condiciones exteriores”¹¹.

Hay ocasiones también en que se define a los robots como “máquinas (que) pueden funcionar durante largos períodos de tiempo sin control humano, lo que presagia el surgimiento de una innovación en los procesos y un desarrollo de la productividad. Aunque inicialmente los robots fueron construidos para realizar tareas sencillas, en la actualidad incorporan cada vez más funciones cognitivas derivadas de la inteligencia artificial. Los robots, al igual que otros tipos de automatización, pueden convertirse en complementos necesarios y, en muchos casos, sustitutos de la mano de obra convencional”¹².

A simple vista, puede parecer que los algunos de los conceptos anteriores están obsoletos o incompletos, lo cual es normal si se tiene en cuenta que cualquier definición suele quedar anticuada en un corto período de tiempo, especialmente en un ámbito en constante cambio como el de la robótica y los avances tecnológicos.

Por ello, en este trabajo nos permitimos añadir a las anteriores definiciones de robot el adjetivo inteligente¹³, el cual nos remite al concepto de inteligencia artificial. Este término fue acuñado por un informático estadounidense, John McCarthy, en el verano de 1956 durante una conferencia celebrada en Dartmouth¹⁴. Hoy en día, a través de la

¹¹ A diferencia de la automatización, que responde siempre de la misma forma ante sucesos de idéntica naturaleza. March Pujol, M. y Travé Mercadé, P., *Manual de estancias en prácticas tuteladas*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2012, pp. 89-90.

¹² Mercader Uguina, J. R., “La robotización y el futuro del trabajo”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 27, 2017, pp. 13-24.

¹³ El adjetivo inteligente (smart) nos remite al concepto de inteligencia artificial o IA (en castellano y AI en inglés), entendida como “una ciencia perteneciente a la rama de la Cibernética, que estudia el mecanismo de la inteligencia humana con el fin de crear máquinas inteligentes, capaces de realizar cálculos y de “pensar”, elaborar juicios y tomar decisiones. Sus orígenes se remontan miles de años atrás, pues en casi todas las mitologías existe algún tipo de “máquina” divina o casi divina de ésta naturaleza. Definir su comienzo en la Edad Moderna y Contemporánea es muy difícil pues son muchos los inventores y genios que han ido contribuyendo a crear éstas máquinas, Leonardo Da Vinci, Blas Pascal, Charles Babbage o Alan Turing y uno cometería grandes errores e injusticias. No obstante, son muchos los especialistas en computación que en las últimas décadas consideran como primera máquina inteligente a la “máquina de Turing”, creada por Alan Turing”. En este sentido, Villca Tapia, W. P., “Robótica”, *Revista de información, tecnología y sociedad (RITS)*, n. 1, 2008.

¹⁴ El término inteligencia artificial nació en una conferencia que tuvo lugar en el verano del año 1956 en Estados Unidos, concretamente en Dartmouth, en la que participaron los que con el tiempo han sido los investigadores principales del área. Para la preparación de la reunión, J. McCarthy, con la ayuda de M. Minsky, N. Rochester y C. E. Shannon, redactó una propuesta en la cual apareció por primera vez en la historia el concepto de “inteligencia artificial”. En este sentido, Torra, V., “La inteligencia artificial”, *Revista*

inteligencia artificial un robot puede adaptarse a muy diversas circunstancias y tomar decisiones¹⁵, así como realizar operaciones más complejas y más seguras.

Si nos centramos en la nota técnica¹⁶ ISO 8373:2012, una máquina o robot inteligente es “un robot capaz de realizar tareas sondeando su entorno y/o interactuando con fuentes externas y adaptando su comportamiento”. Asimismo, puede definirse¹⁷ como aquel robot que “incluye la capacidad de recibir instrucciones de alto nivel expresadas como "comandos" para realizar una tarea general, trasladando dichas instrucciones a un conjunto de acciones que deben ejecutarse para llevar a cabo dicha tarea. Será consciente de su entorno y capaz de tomar decisiones acerca de sus acciones basadas, en parte, en la interpretación de dicho entorno”.

Por tanto, en un intento de conseguir un concepto integrador, se puede decir que los robots inteligentes son aquellas máquinas que no solamente son capaces de realizar tareas durante largos períodos de tiempo sin control humano, sino que también son capaces de operar y tomar decisiones, adaptándose al entorno y desenvolviéndose en situaciones altamente impredecibles.

Una vez realizadas estas consideraciones previas, que desde luego dan para seguir analizándolas hasta el agotamiento, llega el momento de centrarse en el impacto que tiene la robotización sobre el empleo.

3. Los efectos de la revolución robótica en el empleo

Actualmente, la problemática del empleo constituye uno de los temas que más preocupa a los distintos gobiernos y a los ciudadanos. Es por ello que ocupe un lugar prioritario el análisis del impacto de la robótica y de la inteligencia artificial en el mercado de trabajo, especialmente el análisis sobre hasta qué punto pueden los robots y la inteligencia artificial sustituir, complementar o perfeccionar el trabajo realizado por los seres humanos.

Lychmos, n. 7, 2011, p. 14.

¹⁵ En este sentido, Mora González, S., “Máquinas inteligentes (smart machines)”, *Investiga.TEC*, n. 29, 2017, pp. 14-17, y Suárez González, A., “La inteligencia artificial a través de sus científicos”, *Encuentros multidisciplinares*, n. 47, 2014, pp. 72-80.

¹⁶ La nota técnica ISO 8373:2012 (en) contiene la siguiente definición de robot “intelligent robot”: “robot capable of performing tasks by sensing its environment and/or interacting with external sources and adapting its behaviour”. Puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.iso.org/standard/55890.html>.

¹⁷ Groover M.P., *Industrial robotics*, New York, McGraw-Hill, 1986.

Son muchas las voces que consideran que la actual revolución robótica es muy superior a las vividas en el pasado y que los robots y máquinas inteligentes no pueden compararse con la aparición, por ejemplo, de la imprenta o, más recientemente, de Internet¹⁸.

En un intento de ser positivos y optimistas respecto al futuro del empleo, podemos pensar que el auge de la robotización puede traducirse en mejoras significativas del sistema productivo y de las oficinas, todo ello manteniendo altos estándares de calidad. Muchas máquinas pueden realizar sus funciones durante largos períodos de tiempo sin necesidad de la mano de obra del ser humano, lo que se puede traducir en una mayor seguridad¹⁹, una mayor innovación en los procesos, un mejor desarrollo de la productividad y una reducción de costes. Desde esta óptica, el desarrollo tecnológico puede venir acompañado de la creación de nuevos puestos de empleo, como se intenta poner de manifiesto en la siguiente tabla, en la que se ha hecho referencia a once nuevas profesiones²⁰ fruto de la robotización que van a dar mucho que hablar en los próximos años²¹.

NUEVAS PROFESIONES FRUTO DE LA ROBOTIZACIÓN	
Nuevas profesiones	Descripción
Analista y programador de Internet de las cosas	Profesional con conocimientos analíticos, de programación y lógica, capaz de sacar partido a la llegada de las nuevas tecnologías y normalmente formado en ingeniería informática.
Arquitecto de nuevas	Persona con conocimiento de desarrollo de videojuegos, sociología y psicología. Su formación debe incluir

¹⁸ El proceso de robotización no será excesivamente veloz, pero ello no implica que se deba mirar con descaro hacia otro lado. Si la sociedad no se adapta a este nuevo fenómeno, los riesgos se podrían convertir en realidades.

¹⁹ Los robots pueden realizar todo tipo de funciones, incluidas las más rutinarias, peligrosas y penosas. De este modo, las organizaciones pueden ganar en seguridad, evitando desgastar o poner en riesgo a los trabajadores a través del desarrollo de acciones de riesgo.

²⁰ Puede consultarse al respecto el artículo "*Once profesiones nuevas que van a dar mucho que hablar*",

http://elpais.com/elpais/2016/10/26/talento_digital/1477502097_899751.html, donde Silvia Leal, asesora de la Comisión Europea en competencias digitales, selecciona las disciplinas laborales que surgirán con los avances tecnológicos.

²¹ En cuanto a la formación profesional exigida para la mayoría de estos nuevos puestos de trabajo, no se prevé, por el momento, la exigencia de estar en posesión de una Titulación específica, quizá porque no existe actualmente planificación universitaria al respecto. Sí que se prevén varios caminos que suelen partir de un Título universitario tradicional y complementarse con cursos de especialización o posgrados.

realidades	programación, gamificación, realidad virtual y aumentada, complementados con nociones de humanidades.
Científico de datos	Profesional con formación matemática o estadística, capaz de estudiar los datos de una organización y generar indicadores que anticipen las tendencias del negocio y propongan medidas correctoras.
Diseñador de órganos	Experto de la rama de la medicina con conocimientos de impresión de órganos en 3D para trasplantes y experimentación médica. También con conocimientos en bioimpresión, para investigar el desarrollo de nuevos materiales y técnicas que permitan lograr órganos cada vez más parecidos a los humanos.
Robotista	Profesional especializado en el desarrollo de robots, con conocimientos de ingeniería y ciencias de la computación, que debe disponer con capacidades relacionadas con la humanización de la inteligencia artificial. Además de formarse en ingeniería e informática, debe tener conocimientos de inteligencia artificial e impresión 3D.
Diseñador de redes neuronales robóticas e inteligencia artificial	Personal con conocimientos de programación, lógico-matemáticos y, en la medida de lo posible, de filosofía para el desarrollo de nuevas aplicaciones sobre esta tecnología. Este profesional abre las puertas para trabajar en el funcionamiento del cerebro y en la tecnología necesaria para replicarlo de forma artificial.
Terapeuta de empatía artificial	Terapeuta con conocimientos en psicología, sociología, psiquiatría y tecnología.
Impresor 3-D	Trabajador creativo y capaz de inventar nuevos modelos factibles y rentables, con conocimientos en las herramientas de impresión 3D. Ofrece muchas oportunidades emprendedoras.
Protésico robótico	Médico o profesional de la salud, con conocimientos en robótica, impresión 3D, biología, telepatía y tecnologías informáticas, que se encarga de que los miembros recuperen sus funciones.
Ingeniero de nanorobots médicos	Trabajador con conocimientos multidisciplinares que experimenta con nanorobots para, entre otros usos, transportar fármacos por dentro del cuerpo.
Abogado especializado en drones y ciberseguridad	Abogado con conocimientos acerca de la tecnología y de su marco regulador, consciente del impacto y de las posibles consecuencias de estos avances sobre nuestras vidas y sobre la seguridad de las empresas.

En la misma línea, se posiciona la Agenda estratégica de investigación sobre la robótica para el período 2014-2020²², que apunta a que el actual

²² La Agenda estratégica de investigación sobre la robótica para el período 2014-2020 fija las prioridades estratégicas establecidas por Europa para impulsar la investigación en el área de la robótica, durante el período 2014-2020. La Agenda pretende, en definitiva,

proceso de robotización tendrá una repercusión positiva en el mercado de trabajo, especialmente en la creación de empleo.

Particularmente, se señala que “la tecnología robótica llegará a ser dominante durante la próxima década. Influirá sobre todos los aspectos del trabajo y del hogar. La robótica tiene el potencial necesario para transformar las vidas y las prácticas laborales, para elevar los niveles de eficiencia y de seguridad, para ofrecer mejores servicios y para crear empleo. Su impacto será cada vez mayor, a medida que se multipliquen las interacciones entre los robots y las personas”²³.

Este futuro sería el menos arriesgado para la sociedad, ya que se crearían más puestos de trabajo que los que se destruirían. Además, desde esta perspectiva, los robots se desarrollarían fundamentalmente para desempeñar un papel complementario (y no sustitutivo de la mano de obra del ser humano), de tal forma que las personas no tendrían que competir con los robots y autómatas, ya que se mantendrían la mayor parte de los puestos y funciones tradicionales.

Sin embargo, lo más probable es que, siguiendo las presiones de la economía y de la productividad, se pongan en marcha estrategias de sustitución de la mano de obra humana. Sobre esta base, el número de empleos producidos mediante la robotización no sería suficiente para compensar la pérdida de puestos de trabajo que ocasionaría la misma.

La siguiente tabla, elaborada a partir de la información que se muestra en un artículo²⁴ publicado por BBC News -tomando como base los datos de un estudio²⁵ realizado por los investigadores Carl Benedikt Frey y Michael

alcanzar los objetivos que se enumeran a continuación: detectar y destacar las oportunidades de investigación e innovación en el sector de la robótica en Europa; identificar el estado actual de la tecnología y anticiparse a necesidades futuras; y presentar la industria de la robótica europea a nuevos agentes de interés. En este sentido, Eu Robotics Aisbi, *Strategic research agenda for robotics in Europe. Years 2014-2020 (Agenda estratégica de investigación sobre la robótica para el período 2014-2020)*, 2013, https://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/robotics-ppp-roadmap_en.pdf.

²³ Traducción al español del texto original de la Agenda, que señala literalmente lo siguiente: “Robotics Technology will become dominant in the coming decade. It will influence every aspect of work and home. Robotics has the potential to transform lives and work practices, raise efficiency and safety levels, provide enhanced levels of service and create jobs. Its impact will grow over time as will the interaction between robots and people”.

²⁴ “Will a robot take your job?” (¿Un robot tomará tu trabajo), publicado en *BBC News* el día 11 de septiembre de 2015 y disponible en: <http://www.bbc.com/news/technology-34066941>.

²⁵ Informe realizado por dos investigadores de la Universidad de Oxford, Carl Benedikt Frey y Michael Osborne, y publicado en *The Economist*. Estos académicos han

Osborne de la Universidad de Oxford-, clasifica 365 profesiones según su probabilidad de desaparecer como consecuencia de la robotización en las próximas décadas (desde la profesión más fácilmente automatizable hasta la menos automatizable).

Hay un gran número de ocupaciones como secretario de despachos jurídicos, asesores financieros, empleados de banca, personal de oficinas de correo, administrativos, empleados de biblioteca, telefonistas, ensambladores, entre otras ocupaciones, que están más expuestos a la automatización. En otras palabras, gran parte de las profesiones que implican tareas manuales, rutinarias o de apoyo administrativo y de oficina -particularmente en servicios legales y financieros-, desaparecerán en las próximas décadas o quedarán reducidas a la mínima expresión. En cambio, otras profesiones relacionadas estrechamente con la ayuda, el cuidado de otros y el sector de la salud están fuera del alcance de la automatización -por ejemplo, los profesionales de la salud, los enfermeros, los terapeutas, los farmacéuticos, los podólogos, los trabajadores sociales o los psicólogos-. Evidentemente, tampoco desaparecerán las ocupaciones que implican la realización de tareas más intelectuales, creativas y originales -por ejemplo, los arquitectos, los artistas, los músicos, los profesores, los periodistas, los diseñadores de ropa o productos y los bailarines o coreógrafos-²⁶.

PROFESIONES SEGÚN SU PROBABILIDAD DE SER AUTOMATIZADAS POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ROBOTS		
Ranking	Profesiones	Riesgo de automatización
1.	Vendedor telefónico	99%
2.	Mecanógrafo	98,5%
3.	Secretario de despachos jurídico	97,6%
4.	Asesor financiero	97,6%
5.	Clasificador (los sexadores de pollos, por ejemplo)	97,6%

determinado la sensibilidad a la automatización de cada una de las profesiones, basándose en las nueve habilidades que se indican a continuación: la percepción social, la negociación, la persuasión, la asistencia y el cuidado de las demás personas, la originalidad, las artes plásticas, la destreza de los dedos, la destreza manual y la necesidad de trabajar en un espacio de trabajo reducido. En este sentido, Frey, C. B. y Osborne, M., *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? (El futuro del empleo: ¿Cuán susceptibles son los empleos para la automatización?)*, 2013, <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>.

²⁶ Tampoco son muy susceptibles a la automatización aquellas profesiones que implican tareas que requieren un elevado grado de inteligencia social y habilidades de negociación, como las posiciones gerenciales.

6.	Inspector técnico	97,6%
7.	Administrador de ventas	97,2%
8.	Encargado de libros de cuentas, nóminas y salarios	97%
9.	Oficial de finanzas	97%
10.	Agente de pensiones y seguros	97%
11.	Empleado de banca o de correos	96,8%
12.	Administrativo o financiero	96,8%
13.	Funcionario de ONG	96,8%
14.	Administrativo de gobierno local	96,8%
15.	Empleado de biblioteca	96,7%
16.	Ensamblador	96,7%
17.	Maquinista del papel y la madera	96,5%
18.	Operador de comunicaciones	96,5%
19.	Telefonista	96,5%
20.	Operario del sector textil	96,1%
21.	Técnico financiero y contable	95,9%
22.	Recepcionista	95,6%
23.	Empleado de transporte y distribución	95,5%
24.	Estimador, tasador o asesor	95,5%
25.	Trabajador manual de pesca o agrícola	95,4%
...
277.	Diseñador de ropa o de productos	11,3%
...
316.	Artista	3,8%
...
321.	Abogado	2,4%
...
339.	Arquitecto	1,8%
...
350.	Profesional de la salud	1,2%
...
356.	Personal docente y educativo	0,8%
...
360.	Psicólogo	0,7%
...
365.	Gerente de hotel y alojamiento o propietario	0,4%

Y hablando de cifras, según un reciente informe²⁷ del World Economic Forum²⁸, la cuarta revolución o revolución robótica podría tener un impacto en el empleo de más de 5,1 millones de puestos de trabajo destruidos en las 15 economías más grandes del mundo (estas son: Estados Unidos, China, Alemania, Australia, Brasil, Francia, India, Italia, Japón, México, Sudáfrica, Turquía, Reino Unido, más dos grupos conformados por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático - ASEAN- y el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo -GCC-) durante el período 2015-2020, con una destrucción total de 7,1 millones de puestos -dos tercios de los cuales concentrados en puestos de oficina y administrativos-, y una creación de empleo total de 2 millones de empleos en los campos relacionados con la informática, las matemáticas, la arquitectura y la ingeniería.

A su vez, el informe²⁹ de la Universidad de Oxford citado previamente revela que los robots podrían ocupar los puestos de trabajo en los que a día de hoy trabaja el 47% de la población activa, lo cual significaría la destrucción de más de 1.600 millones de puestos de trabajo. Según este trabajo, los devastadores efectos de la revolución robótica se manifestarán tanto en los países desarrollados como en países que están en vías de serlo. Sin embargo, se señala que hay puestos trabajos más propensos a ser automatizados como, por ejemplo, aquellos que impliquen funciones rutinarias o aquellos que impliquen tareas relacionadas con el transporte, la producción, la agricultura o la venta al público.

Por otro lado, es importante destacar que -según un estudio³⁰ de la

²⁷ World Economic Forum, *The future of jobs: Employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution (El futuro de los empleos: Estrategia de empleo, habilidades y mano de obra para la cuarta revolución industrial)*, 2016, <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs>. Este informe se basa en las 15 de las economías más grandes del mundo, las cuales son: Australia, Brasil, China, Francia, Alemania, India, Italia, Japón, México, Sudáfrica, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos, más los grupos ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) y GCC (The Cooperation Council for the Arab States of the Gulf). En conjunto, todas estas economías suponen el 65% de la fuerza laboral mundial.

²⁸ En castellano, Foro Económico Mundial o Foro de Davos. Es una fundación sin fines de lucro con sede en Ginebra que reúne cada año en el Monte de Davos (Suiza) a los principales líderes empresariales, líderes políticos internacionales y periodistas e intelectuales selectos para analizar los problemas más apremiantes que afronta el mundo.

²⁹ Frey, C.B. y Osborne, M., *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? (El futuro del empleo: ¿Cuán susceptibles son los empleos para la automatización?)*, 2013, <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>. *Vid.* también: “Profesiones que desaparecen y otras que son el futuro pero aún no existen”, *El Mundo*, 2016, <http://www.elmundo.es/economia/2016/01/30/56aba00222601d457c8b465f.html>.

³⁰ OCDE, *El riesgo de la automatización en el trabajo (The risk of automation for jobs in OECD countries)*, 2016, <http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/the-risk-of>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)- en países como Austria, Alemania o España³¹ podría desaparecer en las próximas décadas aproximadamente el 12% de los puestos de trabajo como consecuencia de la revolución robótica³², frente al 9% de la media de los puestos de trabajo en la OCDE. Mientras tanto, en países como Finlandia, Estonia y Corea el riesgo de automatización será mucho menor -concretamente, tienen un riesgo del 6% aproximadamente-.

Como se ha puesto de relieve, nos enfrentamos a un enorme reto, probablemente el reto que defina al siglo XXI como el siglo de la destrucción masiva de puestos de trabajo. Lamentablemente, gran parte de los puestos de trabajo que se destruyan ya no volverán jamás y serán sustituidos para siempre.

Pero junto a la destrucción de empleo, hay otro efecto que debe tenerse en cuenta para conocer mejor el impacto de la robotización sobre el mercado de trabajo: la “polarización de la ocupación”³³. Es decir, el empleo se está concentrando en puestos de trabajo más cualificados y en puestos que exigen un gran conocimiento tecnológico, a la vez que se está produciendo una pérdida progresiva de puestos de trabajo manuales y rutinarios.

Lo anterior encuentra su explicación en la “incorporación de las nuevas tecnologías. Las mismas han disminuido la demanda de trabajadores que realizan tareas rutinarias que pueden ser mecanizadas fácilmente, a la vez que ha incrementado la demanda relativa de los puestos de trabajo que mantienen una cierta ventaja sobre la tecnología, ya sea porque precisan de mayor creatividad o porque requieren habilidades manuales o interpersonales”³⁴.

Ahora bien, la polarización podría ir mucho más lejos y afectar a sectores con una elevada cualificación. Es el caso del robot Watson, basado en

automation-for-jobs-in-oecd-countries_5jIz9h56dvq7-en.

³¹ En España, los expertos de CaixaBank Research pronostican que “un 43% de los puestos de trabajo actualmente existentes en España tienen un riesgo elevado de ser automatizados a medio plazo”, mientras que el resto de los puestos de empleo quedan repartidos a partes iguales entre el grupo de riesgo medio y bajo. En este sentido, CaixaBank Research, “Informe mensual núm. 398”, 2016, <http://www.caixabankresearch.com/im398>.

³² Un golpe duro para España, que cuenta en la actualidad con una tasa de empleo que supera el 17%, según los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE): http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595.

³³ CES, *Informe sobre competencias profesionales y empleabilidad del Consejo Económico y Social de España*, 2015, pp. 24-30, <http://www.ces.es/>.

³⁴ Mercader Uguina, J. R., “La robotización y el...”, *op. cit.*, pp. 13-24.

tecnología de aprendizaje de máquina y procedimientos de inteligencia artificial. Es capaz de leer, comprender, generar hipótesis cuando se le formula una pregunta, y responder con referencias y citas -está desarrollado para bucear rápidamente en la legislación y en la jurisprudencia- para respaldar las conclusiones. Además, tiene capacidad de aprendizaje y de adaptación al entorno, ya que cuanto más se utiliza, más rápidas y certeras son sus respuestas, que no son simples referencias sino textos estructurados en función del criterio especificado. A día de hoy sólo es anecdótico su impacto real en el mercado, pero podría convertirse en el sustituto de los abogados en un futuro no muy lejano. Ya lo están poniendo a prueba grandes despachos internacionales.

Hay también otro efecto que debe considerarse. Si bien la revolución robótica puede elevar los ingresos globales y mejorar la calidad de vida de muchas poblaciones, también puede producir un aumento de la desigualdad en los salarios y en la renta, no solo entre clases, sino también entre las distintas regiones del planeta -la distribución regional de la robotización es desigual; son los países emergentes de Asia los que más están aprovechando el potencial los cambios tecnológicos-.

Todos estos efectos en el mercado de trabajo son una potente voz de alarma ante los profundos cambios tecnológicos que se van produciendo progresivamente.

4. La cotización de los robots a la seguridad social

4.1. La Seguridad Social: un punto de partida

Desde hace ya algún tiempo, existe una gran preocupación en Europa en torno a la sostenibilidad financiera de los distintos sistemas de Seguridad Social europeos, debido a las enormes presiones que ejercen sobre la misma diversos fenómenos sociales, tecnológicos, demográficos y económicos.

Uno de estos fenómenos es, sin duda, el progresivo envejecimiento de la población, especialmente acelerado como consecuencia de una disminución de la tasa de natalidad (producida por la contención de la fecundidad propia de las sociedades más avanzadas y de los países más desarrollados), por un lado, y del aumento de la esperanza de vida, por otro.

En Europa, por ejemplo, según las estimaciones de la Oficina Europea de

Estadística (EUROSTAT)³⁵, la población mayor de 65 años, la cual tuvo una participación del 19,2% en el pasado año 2016 (un aumento del 0,3% con respecto al año anterior y un aumento del 2,4% en comparación con 10 años antes), pasará a ser del 23,9% en 2030 y del 29% en 2060.

Mientras tanto, en España, según las estimaciones realizadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE), la población mayor de 65 años, que en 2016 representaba el 18,7% del total de la población, pasará a ser del 25,6% en 2031 y del 34,6% en 2066³⁶. Todo ello supondrá tanto un aumento brutal del número de pensiones de jubilación a pagar y de la duración de las mismas (las pensiones se pagarán durante más años), como una reducción significativa del número de cotizantes a la Seguridad Social.

Otro de los grandes fenómenos que condicionarán el futuro financiero y la viabilidad de los diferentes países europeos es el proceso de robotización del mercado de trabajo. Es innegable, como veremos a continuación, que la robotización implicará una drástica destrucción de puestos de trabajo y, por tanto, una reducción considerable de los ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social.

Por si todo lo anterior no bastara, la crisis financiera y económica que comenzó en el año 2007 ha agravado aún más los problemas derivados del envejecimiento y de la robotización del empleo, ya que en los últimos diez años, el número de afiliados a la Seguridad Social se ha reducido enormemente.

Ante esta tesitura, en los últimos años los diferentes países europeos han venido emprendiendo reformas muy variadas³⁷ y acelerando la búsqueda

³⁵ Al respecto, pueden consultarse los datos del siguiente Informe: Eurostat, *Population structure and ageing (Estructura de la población y envejecimiento)*, 2017, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Population_structure_and_ageing.

³⁶ Si se mantienen las tendencias demográficas actuales, España podría perder España más de medio millón de habitantes en los 15 próximos años y 5,4 millones hasta 2066. De mantenerse las tendencias actuales, la tasa de dependencia (el cociente, en tanto por ciento, entre la población menor de 16 años o mayor de 64 y la población de 16 a 64 años) se elevaría desde el 53,5% actual hasta el 62,2% en 2031, alcanzando el 87,7% en 2066. Por otro lado, hay que señalar que las únicas comunidades autónomas que ganarían población en los próximos 15 años son Comunidad de Madrid, Canarias, Illes Balears, Región de Murcia y Cataluña. Pueden consultarse estos datos, así como los porcentajes de la población española en el enlace que se muestra a continuación: <http://www.ine.es/prensa/np994.pdf>.

³⁷ Las reformas emprendidas en los países europeos “han sido muy variadas, éstas se pueden clasificar en dos grandes grupos: reformas paramétricas y reformas estructurales. Las primeras consisten en revisar los principales parámetros que afectan al cálculo de la pensión, pero sin cambios bruscos en la filosofía del sistema. Si bien estas reformas

de mecanismos alternativos, frente a los esquemas tradicionales, para garantizar el buen funcionamiento y la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social a medio y largo plazo. Pero lo cierto es que estos mecanismos y reformas no están respondiendo adecuadamente.

Conviene, por tanto, reflexionar y encontrar nuevas fórmulas para asegurar de la mejor forma posible la viabilidad futura de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Una fórmula apropiada podría ser exigir que los robots contribuyan mediante cotizaciones a la Seguridad Social.

4.2. La posible contribución a la Seguridad Social de los robots y de las máquinas inteligentes

4.2.1. La necesaria regulación en materia de robótica e inteligencia artificial

El pasado mes de enero del año 2015, el Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI) creó un grupo de trabajo que celebró diversas reuniones e hizo público un borrador de informe³⁸ -con recomendaciones a la Comisión- en el que se recogían una serie de principios, de naturaleza jurídica y ética, que deberían aplicarse a las normas futuras de derecho civil europeo en materia de robótica. Ciertamente, lo que se pretendía era que la Unión Europea adoptase medidas respecto de las cuestiones jurídicas y éticas planteadas por la robótica y la inteligencia artificial

producen mejoras importantes en la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, la intensidad de la transición demográfica está obligando a muchos países europeos a introducir reformas estructurales que implican modificaciones más profundas del sistema de pensiones”. En este sentido, *vid.*, Devesa Carpio, J.E. (*et al*), “Reformas de los sistemas de pensiones en La Unión Europea”, *Revista Unión Europea Aranzadi*, n. 2, 2015, pp. 27-44. Asimismo, pueden resultar interesantes las siguientes lecturas: Del Valle de Joz, J.I., “La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido”, *Revista Aranzadi Social: Revista doctrinal*, v. 2, n. 4, 2009, pp. 107-129; y Aragón Gómez, C., “Otra vuelta de tuerca a la reducción de la cuantía de las pensiones: La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 43-63.

³⁸ Puede consultarse en el enlace que se muestra a continuación el Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPARL%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//ES>

Más tarde, en febrero del presente año 2017, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución relativa a normas de Derecho Civil en la robótica³⁹ con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la materia⁴⁰, que si bien podría afirmarse que tiene una mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Civil, especialmente, en lo que se refiere al establecimiento de las normas reguladoras de la responsabilidad derivada de los daños que pudieran causar los robots y las nuevas máquinas inteligentes, no pueden desmerecerse su importante enfoque jurídico-laboral.

En la citada Resolución se pide a la Comisión que empiece a analizar y supervisar más detenidamente la evolución a medio y largo plazo del empleo, con especial hincapié en la creación, la deslocalización y la pérdida de puestos de empleo en los distintos campos/ámbitos de calificación, con el propósito de determinar en qué ámbitos o campos se está creando empleo y en cuáles se está perdiendo (en el proyecto de informe⁴¹ se utilizaba, en cambio, el término “destruyendo”) como consecuencia de la mayor utilización de los robots⁴².

Y siguiendo con el análisis, en el texto definitivo de la resolución se considera que, “ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial -que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad-”, resulta de especial interés que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación. Entre las consecuencias mencionadas se encuentran las de carácter social, por las que se plantea si el desarrollo de estas máquinas inteligentes debería comportar la contribución a través de cotizaciones a la Seguridad Social.

Por tanto, uno de los objetivos del Parlamento, en la Resolución que analizamos es sentar las bases de una legislación sobre robótica e inteligencia artificial que aborde al menos los aspectos éticos y relativos a los derechos humanos, el principio de cautela y las principales

³⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. El texto se encuentra disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0051&language=ES>.

⁴⁰ Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. Debe tenerse presente que la Comisión es el órgano competente para discutir y debatir este marco normativo. Finalmente, será en la Comisión donde se decidirá si se avanza o no en la regulación de la robótica y de la inteligencia artificial.

⁴¹ Requerimiento núm. 22.

⁴² Requerimiento núm. 43.

implicaciones de la robótica para los mercados de trabajo y los sistemas de Seguridad Social, y que, al mismo tiempo, no lastre la innovación.

En otras palabras, uno de los objetivos es proponer una serie de instrumentos legislativos sobre los aspectos jurídicos relacionados con el desarrollo y el uso de la robótica y la inteligencia artificial previsibles en los próximos diez o quince años, junto con instrumentos no legislativos -por ejemplo, directrices y códigos de conducta-. De sentarse estas bases, el Parlamento Europeo se convertiría en la primera institución que presente una regulación estandarizada y completa acerca de la robótica antes que llegue la revolución tecnológica o que los diferentes estados miembros implementen sus propias leyes.

En concreto, el Parlamento hace hincapié en que “desde el monstruo de Frankenstein creado por Mary Shelley al mito clásico de Pígalión, pasando por el Golem de Praga o el robot de Karel Čapek -que fue quien acuñó el término-, los seres humanos han fantaseado siempre con la posibilidad de construir máquinas inteligentes, sobre todo andróides con características humanas”.

Por tanto, ahora que los seres humanos están cada vez más cerca de hacer de esas fantasías una realidad, llega el momento de sentar las bases de una legislación que contemple una definición generalmente aceptada de robot y de inteligencia artificial que sea flexible⁴³, un sistema global de registro de robots avanzados basado en los criterios establecidos para la clasificación de los robots⁴⁴ y una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial⁴⁵.

⁴³ El Parlamento Europeo pide a la Comisión que proponga definiciones europeas comunes de sistema ciberfísico, sistema autónomo, robot autónomo inteligente y sus distintas subcategorías, tomando en consideración las siguientes características de un robot inteligente: capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos; capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción (criterio facultativo); un soporte físico mínimo; capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno; e inexistencia de vida en sentido biológico.

⁴⁴ Tal y como se indica en el Anexo de la Resolución referida, bajo el rótulo de “Registro de los robots inteligentes”, se propone la creación de un sistema de registro de robots avanzados. Literalmente se indica lo siguiente: “A efectos de la trazabilidad y para facilitar la aplicación de nuevas recomendaciones, cabe introducir un sistema de registro de robots avanzados, basado en los criterios establecidos para la clasificación de los robots. Tanto el sistema de registro como el propio registro deberían establecerse a escala de la Unión, de forma que cubran el mercado interior, y podrían ser gestionados por una agencia designada de la Unión para la robótica y la inteligencia artificial en el caso de que se procediera a la creación de dicha agencia”.

⁴⁵ En la Resolución se hace referencia a la necesaria una cooperación reforzada entre los distintos Estados miembros y la Comisión para garantizar normas transfronterizas

Hasta ahora, la Unión Europea solo dispone de ciertas normas orientadas a la estandarización de patrones industriales allí donde se emplea la robótica, pero carece de leyes que aborden, por ejemplo, las principales implicaciones de la robótica para los mercados de trabajo y los sistemas de Seguridad Social. En cualquier caso, no se pretende poner barreras y obstáculos a una tecnología con gran potencial, pero es necesario que su vertiginoso desarrollo vaya arropado por un marco normativo adecuado.

4.2.2. La cotización de los robots inteligentes

El desarrollo paulatino de la robótica y de la inteligencia artificial puede conllevar a que los robots asuman gran parte del trabajo que hasta ahora vienen realizando los seres humanos, cuestión que genera un sinfín de preguntas e interrogantes sobre el futuro que afectan a determinados aspectos jurídicos y técnicos, algunos de los cuales poseen una indiscutible relación con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Este desarrollo está iniciando un debate sobre cuestiones tales como la posibilidad de que los robots puedan cotizar para asegurar la viabilidad de los sistemas europeos de Seguridad Social.

La cuestión planteada, aunque pueda parecer surrealista, es de lo más interesante e ingeniosa por dos razones. De un lado, porque propone una vía razonable para resolver la situación crítica que atraviesan hoy por hoy los sistemas de Seguridad Social europeos. De otro, porque ofrece una considerable respuesta a la destrucción masiva de puestos de trabajo, en la medida en que se propone que las empresas repartan parte de los beneficios que obtienen como consecuencia de los importantes incrementos de productividad y riqueza derivados del aprovechamiento de la robótica y la inteligencia artificial. Si los robots generan conflictos y problemas, parece sensato que también contribuyan a resolverlos, ¿no?

En cualquier caso, conviene hacer hincapié en que un robot inteligente que mejora la competitividad de la empresa sobre la base de la sustitución

coherentes en la Unión Europea que incentiven la colaboración entre las industrias europeas y permitan el desarrollo en toda la Unión de robots que cumplan tanto los niveles requeridos de seguridad como los principios éticos asentados en el Derecho de la Unión. Es por ello que en ella se pide a la Comisión que estudie la posibilidad de crear una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial que aporte los conocimientos técnicos, éticos y normativos que sean necesarios para reforzar la labor de los actores públicos oportunos, tanto a nivel de la Unión como a nivel de los Estados miembros, en su labor de garantizar una respuesta rápida, ética y razonada ante las nuevas oportunidades y retos -especialmente aquellos de carácter transfronterizo- que plantea el desarrollo tecnológico de la robótica.

de un número significativo de trabajadores, no solo ahorra salarios a las empresas, sino que, al mismo tiempo, elimina cotizaciones a la Seguridad Social, gastos de sustituciones, bajas laborales, accidentes, permisos retribuidos, etc.

Por todo ello, es decir, por las enormes ventajas que obtiene la empresa, por el ahorro en cotizaciones y por la destrucción de puestos de empleo desempeñados por seres humanos -estos puestos serán desempeñados por otro tipo de trabajadores mecánicos o trabajadores robots-, queda justificado que las empresas deban cotizar por sus robots a la Seguridad Social. En otras palabras, el ahorro y el enriquecimiento de las empresas como consecuencia de la robotización debe contribuir al gasto social y al fortalecimiento de un sistema de protección social que evite el caos y el desorden.

En la misma línea se manifiestan los sindicatos⁴⁶, los cuales consideran que, a pesar de las mejoras y beneficios que generará la robotización, en los próximos años asistiremos a una progresiva reducción del número de cotizantes que podría tener una profunda repercusión en las arcas públicas⁴⁷. Del mismo modo, insisten en que el futuro de las pensiones, por ejemplo, podría estar en manos de los trabajadores robots.

Pero esta cuestión, la relativa a la contribución de los robots y las máquinas inteligentes mediante cotizaciones sociales a la Seguridad Social, no ha sido adecuadamente abordada y desarrollada por la citada resolución a efectos de una futura regulación sobre robótica e inteligencia artificial (tampoco ha sido abordado y desarrollado en la resolución el pago de impuestos por parte de los robots).

En la Resolución analizada anteriormente el Parlamento Europeo sí que destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales,

⁴⁶ Por ejemplo, Pepe Álvarez, secretario general de UGT, se ha mostrado recientemente a favor de que los robots coticen, ya que, según él, “sustituirán a trabajadores que dejarán de ganar un salario y de pagar impuestos”. En particular, el sindicalista sostiene que dado la robotización se traduce en un importante impulso y activación de mejoras, los beneficios generados por esa productividad tienen que revertirse a la sociedad a través de aportaciones al sistema de protección social. Máxime, teniendo en cuenta la “merma de cotizaciones a la Seguridad Social por el empleo destruido”.

⁴⁷ También se ha manifestado en esta línea Bill Gates, el fundador de Microsoft y una de las empresas más importantes del mundo (actualmente está apostando fuertemente por la inteligencia artificial). Ha advertido en una entrevista con el sitio de información económica Quartz, que en los próximos 20 años habrá una cantidad importante de actividades en las que los seres humanos van a ser reemplazados por los robots y por la inteligencia artificial -como el trabajo de almacén o la conducción de vehículos, entre otros puestos de trabajo-. Por ello, ha señalado que los robots deberían compensar de alguna forma los puestos de trabajo que reemplacen.

habida cuenta de los efectos y consecuencias que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial. Y en esta línea, se pide a la Comisión creada *ad hoc* que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los distintos Estados.

No obstante, la propuesta remitida para su aprobación iba mucho más allá y hacía referencia a la necesidad de emprender un “debate integrador sobre los nuevos modelos de empleo y sobre la sostenibilidad de nuestros sistemas tributarios y sociales tomando como base unos ingresos suficientes, incluida la posible introducción de una renta básica mínima”⁴⁸. Este requerimiento, el cual ha desaparecido del texto final de la resolución aprobada, planteaba, en definitiva, la creación de una renta mínima universal que se nutriese de los beneficios generados⁴⁹ por los trabajadores robots y que amortiguase los estragos del desempleo.

Son numerosos los autores que han propuesto el establecimiento de una renta básica universal. Entre ellos, destaca Martin Ford, un teórico bien reconocido por sus estudios acerca de la robótica y el futuro. Este autor defiende la necesidad de costear una renta básica con la finalidad de hacer frente a las desigualdades sociales derivadas de la revolución robótica⁵⁰. El establecimiento de esta renta básica, “subsidio universal” o incluso “ingreso de ciudadanía”, garantizaría a todas las personas, de una forma automática e incondicionada, un ingreso periódico de subsistencia⁵¹. Aunque esta medida para garantizar unos ingresos mínimos al ciudadano genera muchas dudas e incertidumbres, ya hay algún que otro país donde se ha propuesto la introducción de una renta básica garantizada. En Suiza, por ejemplo, se ha propuesto la introducción de una renta básica universal de 2.500 francos suizos (aproximadamente unos 2.200 euros) por cada adulto y 625 francos por cada menor (unos 540 euros), pero los ciudadanos suizos han rechazado vía referéndum y por un amplio margen esta iniciativa⁵². Sin embargo, la iniciativa parece haber corrido mejor

⁴⁸ Requerimiento núm. 44 de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//ES#title1>

⁴⁹ En algunos casos, puede que los costes de producción de determinadas empresas tiendan hacia cero.

⁵⁰ Ford, M., *El auge de los robots*, Barcelona, Paidós, 2016, pp. 252-253.

⁵¹ Mercader Uguina, J. R., “La robotización y el...”, *op. cit.*, pp. 13-24.

⁵² Según los resultados de la consulta divulgados por el Instituto GFS suizo, la propuesta de introducir una renta básica de 2.500 francos suizos por cada adulto y 625 francos por cada menor fue rechazada por aproximadamente el 78% de los ciudadanos que participaron en el referéndum, celebrado en junio del año 2016. El fracaso de esta iniciativa puede resultar más o menos comprensible si se tiene en cuenta que el salario

suerte en Finlandia, ya que una selección de 2.000 ciudadanos recibe desde enero de 2017 una renta básica de 560 euros mensuales sin realizar ningún tipo de labor a cambio. La finalidad de esta prueba piloto finlandesa es analizar cómo se puede redefinir el sistema de la Seguridad Social del país para hacer frente a los futuros cambios que tendrán lugar en el mercado laboral, como la robotización o el progresivo envejecimiento de la población, así como para incentivar la búsqueda de empleo⁵³, reducir la burocracia y simplificar los subsidios (debido a que el complejo sistema de prestaciones sociales de Finlandia cuenta con múltiples tipos de subsidios que mantienen una estrecha relación con el desempleo).

Dejando a un lado la renta mínima, parece asimismo interesante señalar que la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sugería, entre otras medidas que finalmente no se incorporaron a la resolución final, la posibilidad de abordar un “estudio sobre las nuevas modalidades de financiación de los futuros sistemas de protección social”⁵⁴. De igual modo, destacaba la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales que, como consecuencia del desarrollo y la utilización de robots colaborativos inteligentes y la inteligencia artificial, “el diferencial entre la creación y la pérdida de empleo podría repercutir en la sostenibilidad financiera de los regímenes de seguridad social, los regímenes de pensiones y los sistemas de seguro de desempleo de los Estados miembros”⁵⁵.

Antes de terminar, hay que señalar que el proyecto de informe señalaba -aunque el texto final de la resolución⁵⁶ no lo incorpore- que “habida cuenta de los efectos que el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial podrían tener en el empleo y, por ende, en la viabilidad de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros”, debería “examinarse la necesidad de exigir a las empresas que informen acerca de en qué medida y proporción la robótica y la inteligencia artificial contribuyen a sus resultados económicos”, a efectos del “cálculo de las

medio en Suiza ronda los 4.000-5.000 francos suizos.

⁵³ La cuantía de 560 euros es relativamente pequeña, con lo cual no se desincentiva la búsqueda de trabajo, por el momento.

⁵⁴ A continuación puede consultarse la Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//ES#title6>.

⁵⁵ Sugerencia núm. 11 de la Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales.

⁵⁶ En el texto final de la resolución, únicamente se indica: “Destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales, habida cuenta de los efectos que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial; pide a la Comisión que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los Estados miembros” (Requerimiento núm. 44).

cotizaciones a la seguridad social”⁵⁷.

A la vista del párrafo anterior, las empresas deberían estar obligadas a comunicar la siguiente información:

- El número de “robots inteligentes” que utilizan.
- Los ahorros realizados en cotizaciones a la seguridad social gracias a la utilización de la robótica en lugar del personal humano.
- Una evaluación de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial.

La obligación de comunicar anterior información, además de contribuir a cuantificar los ahorros e ingresos de las distintas empresas derivados del aprovechamiento de la robótica y la inteligencia artificial, también ayudaría a valorar en qué medida debe contribuir cada empresa a pagar las cotizaciones a la Seguridad Social.

4.2.3. ¿Nuevos sujetos obligados a cotizar?

La cotización a la Seguridad Social se define como aquella actividad en virtud de la cual los sujetos obligados contribuyen al sostenimiento de las cargas económicas de la Seguridad Social. Al respecto, el art. 6 del Real Decreto⁵⁸ 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, establece que la cotización a la Seguridad Social es obligatoria y que la cuota de la Seguridad Social expresa el importe de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un tiempo reglamentariamente delimitado, designado período de liquidación, respecto de los sujetos obligados a cotizar.

Como se puede apreciar, la norma señala expresamente que existen determinados “sujetos obligados a cotizar”. Pero, ¿quiénes son los sujetos de la obligación?

Como criterio general, son sujetos obligados las “personas físicas o jurídicas” a las que se imponga el cumplimiento directo de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por las normas reguladoras de cada uno de los regímenes del Sistema⁵⁹, según el art. 12 del Real Decreto⁶⁰ 1415/2004,

⁵⁷ Requerimiento núm. 23.

⁵⁸ BOE núm. 22, de 25 de Enero de 1996.

⁵⁹ También, el art. 7 del Real Decreto 2064/1995, señala que “el sujeto activo de la obligación de cotizar a la Seguridad Social es la Tesorería General de la misma”. Seguidamente, dispone que “están sujetas a la obligación de cotizar a la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas, en los términos y condiciones que se determinen en el

de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Por tanto, se puede concluir que son sujetos obligados a cotizar los trabajadores y asimilados y los empresarios por cuya cuenta trabajen, tal y como dispone el art. 141.1 del Real Decreto Legislativo⁶¹ 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En coherencia con lo anterior únicamente pueden estar sujetos a la obligación de cotizar las personas físicas o jurídicas. Ahora bien, ¿pertenece el robot a una de las anteriores categorías jurídicas? Nos encontramos ante un gran problema, ya que el robot no pertenece a ninguna de las categorías jurídicas existentes. Es decir, no puede considerarse ni como persona física ni como persona jurídica, por tanto, a día de hoy los robots, como tales, no pueden cotizar en base a la normativa vigente en materia de Seguridad Social.

La solución del problema puede ser tan sencilla como crear una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados “personas robóticas” o “personas electrónicas” con sus propias características y repercusiones en lo que se refiere a atribución de derechos y obligaciones (entre las obligaciones se incluiría la posibilidad de pagar cotizaciones a la Seguridad Social). En otras palabras, si se crease una nueva personalidad jurídica para los robots, se podría abrir una puerta hacia la cotización de los robots.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos también si el empresario, bien como persona física o jurídica, o ente sin personalidad⁶², podría estar obligado a

presente Reglamento para cada uno de los diferentes Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social”, siendo “nulo todo pacto individual o colectivo por el cual uno de los sujetos obligados a cotizar asuma a su cargo la obligación de pagar total o parcialmente la cuota o parte de cuota a cargo del otro o renuncie a cualquiera de los derechos y obligaciones que en orden a la cotización les reconozcan las normas reguladoras de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social y de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la misma”.

⁶⁰ BOE núm. 153, de 25 de Junio de 2004.

⁶¹ BOE núm. 261, de 31 de Octubre de 2015.

⁶² Extiende los términos de la obligación de cotizar el art. 18.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al indicar que “Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no

cotizar por los... ¿robots? Hay que tener cuidado, puesto que la “obligación de cotizar a los diferentes Regímenes del sistema de la Seguridad Social nacerá con el comienzo de la actividad profesional en tales Regímenes o de la situación relacionada con la actividad de las personas incluidas en el campo de aplicación de aquellos Regímenes” (art. 12.1 del Real Decreto 2064/1995). Salvo que se considere al robot como persona, los empresarios no podrían cotizar por ellos⁶³.

No se sabe cómo se va a comportar en el futuro el legislador respecto a las cuestiones anteriores, pero lo que sí se sabe es que debe adaptarse a los nuevos tiempos. Por ejemplo, sería aconsejable que el legislador crease un nuevo Estatuto Jurídico del Trabajador Robot y reconfigurase el marco jurídico de la Seguridad Social, adaptándolo a la figura del “trabajador robot”.

4.2.4. ¿Se desincentivaría la innovación tecnológica?

Existen muchas definiciones en el mundo, pero pocas han ocasionado tanta convulsión en el escenario de la tecnología como la “innovación” o el “desarrollo tecnológico”. La primera de ellas hace referencia a la asimilación y explotación exitosa de una determinada invención para la mejora de procesos o introducción de nuevos productos o servicios en el mercado⁶⁴. Por otro lado, el desarrollo tecnológico hace referencia a las actividades involucradas en conducir la invención a un uso práctico⁶⁵. Pues bien, estos dos términos, la innovación y el desarrollo tecnológico, son fuentes de crecimiento de la productividad y de la competitividad empresarial.

excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. [...]”.

⁶³ Quílez Moreno, J.M. y Aparicio Chofré, L., “Robots e inteligencia artificial: ¿Debería exigirse algún tipo de cotización?”, *Diario La Ley*, n. 5, 2017.

⁶⁴ Innovación, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa la “creación o modificación de un producto, y su introducción en un mercado”. También algunos autores han tratado de definir el concepto, por ejemplo Cotec (1988), el cual definió la innovación como el “complejo proceso que lleva las ideas al mercado en forma de nuevos o mejorados productos o servicios”. Por su parte, Freeman (1982) determinó que “la innovación es el proceso de integración de la tecnología existente y los inventos para crear o mejorar un producto, un proceso o un sistema. Innovación en un sentido económico consiste en la consolidación de un nuevo producto, proceso o sistema mejorado”. En torno a este concepto, puede resultar interesante la siguiente lectura: Heijs, J. y Buesa, M., *Manual de economía de innovación*, Madrid, IAIF, 2016, disponible en <https://www.ucm.es>.

⁶⁵ Sena, *Política nacional para la productividad y competitividad*, San Andrés, SENA, 2007.

A raíz de la Resolución relativa a normas de Derecho Civil en la robótica se está iniciando un debate⁶⁶ para reflexionar sobre la contribución de los robots mediante cotizaciones a la Seguridad Social -o mediante la introducción de nuevos impuestos específicos para los robots-, pero más concretamente para reflexionar sobre el impacto que pueden tener medidas como esta en la innovación, en el desarrollo tecnológico y en la productividad de las organizaciones.

Los detractores se oponen a la idea de que los robots contribuyan mediante cotizaciones a la Seguridad Social, argumentando que esta medida equivaldría a desincentivar la innovación y el desarrollo tecnológico, lo cual repercutiría muy negativamente en el crecimiento de la productividad y de la rentabilidad de las organizaciones. Argumentan, por un lado, que propuestas como esta pueden desincentivar el uso de las nuevas tecnologías y la inversión en robots y máquinas inteligentes y, por otro lado, piensan que los robots son una inversión más de capital y que ya están gravados por el impuesto de sociedades, por lo que no sería necesario crear un impuesto específico para las máquinas.

Para convencer a sus detractores, los defensores de la contribución de los robots mediante cotizaciones razonan que al elevado ritmo al que avanza la robótica no dará tiempo a absorber a todos los trabajadores que pierdan sus respectivos puestos de trabajo y, como consecuencia, el mercado de trabajo podría enfrentarse a un desempleo estructural de importantes dimensiones en los años venideros. Defienden que la propuesta planteada no tiene por qué traducirse en un obstáculo para la innovación y el desarrollo tecnológico. En todo caso, se podría ralentizar un poco el salto tecnológico, pero ello sería muy positivo en la medida en que los mercados de trabajo podrían ganar tiempo para reinventarse y adaptarse a los nuevos tiempos.

Antes de acabar, un pequeño apunte para seguir abriendo el debate: los efectos de los avances tecnológicos pueden retrasarse, pero no se pueden detener porque aquel país que incorpora los avances con mayor rapidez obtiene ventajas que los demás rápidamente imitarán.

5. Reflexiones finales

El análisis, desde la perspectiva jurídica, de la incidencia de la robotización o revolución de la robótica en el mundo laboral, desarrollado en las

⁶⁶ Los numerosos y frecuentes titulares -que ya se han mencionado a lo largo de este trabajo- acerca de las propuestas analizadas son prueba de ello.

páginas precedentes, nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

Primero: La robótica, la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías de la información van a tener un impacto devastador en el terreno social y laboral. En nuestra opinión, son cuatro los elementos más importantes que caracterizarán el futuro del mercado de trabajo y de la economía.

El primero de ellos es la destrucción masiva de puestos de trabajo -estos puestos serán desempeñados por otro tipo de trabajadores mecánicos o trabajadores robots-. Si bien se crearán nuevos empleos en campos relacionados con la informática, las matemáticas, la arquitectura y la ingeniería, los mismos no serán suficientes para compensar la pérdida de puestos de trabajo que tendrá lugar.

En segundo término, tendrá lugar un aumento significativo de los gastos para hacer frente al pago de las prestaciones sociales, así como un descenso en la recaudación de los impuestos sobre la renta de las personas físicas como consecuencia de la destrucción de empleo.

Asimismo, hay otro elemento que debe tenerse en cuenta para conocer mejor el impacto de la robotización: la polarización de la ocupación. El empleo se concentrará en puestos de trabajo más cualificados y en puestos que exijan un gran conocimiento tecnológico, mientras que aquellos puestos que impliquen tareas manuales o rutinarias irán desapareciendo progresivamente.

En cuarto y último lugar, la desigualdad. Si bien la revolución robótica puede elevar los ingresos globales y mejorar la calidad de vida de muchas poblaciones, también puede producir un aumento de la desigualdad en los salarios y en la renta, no solo entre clases, sino también entre las distintas regiones del planeta -la distribución regional de la robotización es desigual; son los países emergentes de Asia los que más están aprovechando el potencial los cambios tecnológicos-.

Segunda: A lo largo de nuestro trabajo hemos intentado poner de relieve la enorme preocupación que existe en Europa en torno a la sostenibilidad financiera de los sistemas de Seguridad Social europeos, debido a las enormes presiones que ejercen sobre la misma diversos fenómenos sociales, tecnológicos, demográficos y económicos, siendo los más problemáticos el progresivo envejecimiento de la población y el proceso de robotización de la economía -si bien nos hemos detenido en este último fenómeno-.

Si los robots inteligentes desplazan del mercado de trabajo a buena parte de los trabajadores, ¿de qué modo se podrá sustentar el estado del bienestar? A nuestro juicio, la solución normativa más adecuada, para asegurar la viabilidad de los distintos sistemas de Seguridad Social, recoge una propuesta que comprende la contribución de los robots y las

máquinas inteligentes mediante cotizaciones a la Seguridad Social.

Un robot inteligente que mejora la competitividad de la empresa sobre la base de la sustitución de un número significativo de trabajadores, no solo ahorra salarios a las empresas, sino que, al mismo tiempo, elimina cotizaciones a la Seguridad Social, gastos de sustituciones, bajas laborales, accidentes, permisos retribuidos, etc. Por todo ello, es decir, por las enormes ventajas que obtiene la empresa, por el ahorro en cotizaciones y por la destrucción de puestos de empleo desempeñados por seres humanos, queda justificado que las empresas deban cotizar por sus robots a la Seguridad Social. En otras palabras, el ahorro y el enriquecimiento de las empresas como consecuencia de la mayor utilización de los robots inteligentes debe contribuir al gasto social y al fortalecimiento de un sistema de protección social que evite el caos y el desorden.

De esta manera, no solo se podría suplir la falta de cotizaciones y de recaudación de impuestos por parte de aquellos trabajadores que pierdan su puesto de trabajo y no sean capaces de encontrar otro debido al éxito de los robots inteligentes, sino que también se podrían sufragar los gastos de formación y reciclaje profesional de aquellos trabajadores que sean excluidos del mercado de trabajo.

Para ejecutar y articular, jurídicamente, un nuevo mecanismo en el que tengan cabida las cotizaciones de los robots a la Seguridad Social, sería necesaria la creación de una personalidad jurídica específica para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más complejos pudiesen ser considerados “personas robóticas” o “personas electrónicas” con sus propias características y repercusiones en lo que se refiere a atribución de derechos y obligaciones (entre las obligaciones se incluiría la posibilidad de pagar cotizaciones a la Seguridad Social). La creación de una personalidad jurídica específica para los robots podría facilitar el pago de cuotas a la Seguridad Social por parte de las empresas en función del número de robots utilizados.

Además, habría que resolver diversas cuestiones técnicas como, por ejemplo, quién debería pagar las cotizaciones de los trabajadores robots: ¿sería el fabricante de los robots, el dueño de los mismos, o el empresario que los utilice en su compañía? Sobre esta cuestión, lo más razonable parece gravar únicamente la utilización de la máquina -no su mera propiedad o su fabricación-, pues es, al fin y al cabo, el empresario el que reemplaza con robots la mano de obra del ser humano.

Por último, quisiera insistir en que nadie sabe realmente lo que traerá el futuro, pero lo que sí se sabe con certeza es qué deben hacer los seres humanos: adaptarse a los cambios ante la aparición de un nuevo personaje en el juego, el robot.

6. Bibliografía

- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.
- Alston, P., “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *The European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n. 3, pp. 467-480.
- Baylos Grau, A., “La huida del derecho del trabajo”, en AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Frey, C.B. y Osborne, M., “*The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*” (*El futuro del empleo: ¿Cuán susceptibles son los empleos para la automatización?*), 2013, disponible en el siguiente enlace web: <http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>.
- García Testal, E. y Altés Tárrega, J.A., “El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral”, *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 2.
- Ushakova, T., “La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: Un intento fallido de regulación universal”, en Gil y Gil, J.L. (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Editorial Juruá, Lisboa, 2013.

Web sites

- Caixabank Research, “Informe mensual núm. 398”, 2016, <http://www.caixabankresearch.com/im398>.
- CES, *Informe sobre competencias profesionales y empleabilidad del Consejo Económico y Social de España*, 2015, <http://www.ces.es/>.
- OCDE, *El riesgo de la automatización en el trabajo (The risk of automation for jobs in OECD countries)*, 2016, disponible en el siguiente enlace: <http://www.ifuturo.org/sites/default/files/docs/automation.pdf>.
- World Economic Forum, *The future of jobs: Employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution (El futuro de los empleos: Estrategia de empleo, habilidades y mano de obra para la cuarta revolución industrial)*, 2016, <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs>.

Inexistencia de evaluación de riesgos específica de los puestos de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia y discriminación por razón de sexo

Raquel POQUET CATALÁ*

RESUMEN: En este trabajo se analiza, desde un punto de vista de la doctrina científica y judicial, y a la luz de la recién sentencia del alto tribunal comunitario, la posible existencia de discriminación por razón de sexo en aquellos casos en los que ante la ausencia de una evaluación de riesgos específica para el puesto de trabajadoras en período de lactancia por incumplimiento del empresario de las obligaciones de seguridad y salud laboral impuestas por el art. 26 LPRL, a la trabajadora se le deniega la aplicación de las medidas preventivas previstas en el citado artículo de la LPRL.

Palabras clave: Discriminación por razón de sexo, lactancia, seguridad y salud laboral, evaluación de riesgos, trabajadora.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normativa reguladora. 3. Trabajadora en período de lactancia. 4. Discriminación por razón de sexo. 5. Lactancia y evaluación de riesgos. 5.1. Necesidad de una evaluación de riesgos específica. 5.2. Ausencia de evaluación de riesgos específica y discriminación por razón de sexo. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

* Profesora asociada de la UNIR.

Inexistence of specific risk assessment to the workplace of workers in the breastfeeding and discrimination based on sex

ABSTRACT: In this work, it is analyzed, from a scientific and judicial doctrine point of view, and in the light of the recent judgment of the community high court, the possible existence of discrimination based on sex in those cases in which, in the absence of a specific risk assessment for the position of workers in breastfeeding period due to the employer's failure to comply with the occupational health and safety obligations imposed by art. 26 LPRL, the application of the preventive measures provided in the aforementioned article of the LPRL is denied to the worker.

Key Words: Discrimination based on sex, breastfeeding, health and safety at work, risk assessment, worker.

1. Introducción

La integración de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud laboral es una característica comunitaria propia de cualquier sociedad democrática avanzada. En este sentido, la Directiva 89/391/CEE¹ establece la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 5), así como de disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales (art. 6), y adaptar el trabajo a la persona (art. 9).

De hecho, la Comisión de la UE² ha señalado que la política comunitaria de salud y seguridad en el trabajo debe tener como objetivo la mejora continua del bienestar en el trabajo, un concepto que integra dimensiones físicas, morales y sociales, en cuyo ámbito todos los agentes interesados deben perseguir una serie de objetivos complementarios, entre los que figura la integración de la dimensión de igualdad entre mujeres y hombres en la evaluación del riesgo, las medidas preventivas y los mecanismos de indemnización, de forma que se tengan en cuenta las particularidades de las mujeres por lo que respecta a la salud y la seguridad en el trabajo³.

El problema se plantea cuando la protección a la mujer trabajadora en materia de seguridad y salud laboral se halla entre dos puntos conflictivos. Por un lado, no se quieren poner obstáculos a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, pero por otro lado, nadie duda que existen una serie de diferencias de tipo biológico entre hombres y mujeres.

En este sentido, históricamente se dio un trato proteccionista a la mujer prohibiéndole la realización de determinados trabajos considerados peligrosos a través del Decreto de 27 de julio de 1957⁴. La concepción social de la mujer se basaba en un planteamiento paternalista, asociando a la mujer con la debilidad y la fragilidad, y la necesidad de protegerlos de forma especial. Por tanto, las primeras normas que surgieron en materia de protección a los trabajadores frente a los riesgos que se pudieran derivar del trabajo estaban dirigidas a grupos de trabajadores más débiles,

¹ De 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud laboral de los trabajadores en el trabajo.

² Comunicación de 11 de marzo de 2002, relativa a la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006).

³ Ferradans Caramés, C., “Género y prevención de riesgos laborales”, en *RDS*, n. 53, 2011, p. 146.

⁴ STC 22/1992, de 14 de diciembre, declara inconstitucional la prohibición del trabajo de la mujer en la mina contenida en el citado Decreto de 1957.

teniendo pues como base consideraciones caritativas, tuitivas y filantrópicas⁵. Por tanto, a pesar de esta innegable finalidad protectora, late en el trasfondo de dicha normativa, prejuicios de tipo cultural que ubican a la mujer en una situación social y laboral de inferioridad. De ahí, que la normativa sobre seguridad y salud laboral haya servido, en cierta forma, para aumentar las diferencias entre hombres y mujeres.

La actual LPRL centra su protección en las etapas de la gestación, parto y lactancia de la mujer trabajadora. En esta línea de diferenciar la salud laboral de hombres y mujeres, desde hace unos años, diversos estudios constatan que el desarrollo del trabajo por la mujer puede tener distintas repercusiones sobre la salud⁶ ya que al entrar en contacto con algunos riesgos puede ser diferentemente afectada por los mismos.

En esta línea, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2014-2016)⁷, con el objetivo de hacer realidad el principio de transversalidad, se pretende actuar sobre los aspectos de salud laboral desde el enfoque de género, especialmente mediante acciones de estudio, formación e información sobre salud laboral y la prevención de los riesgos laborales de mujeres, incidiendo en las características de sus condiciones de trabajo, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas, la protección, promoción y mejora de la salud laboral.

Y uno de los aspectos cruciales en materia de protección de la seguridad y salud de las mujeres trabajadoras lo es en relación con las situaciones de gestación, posparto y lactancia, siendo una de las claves para conseguir dicho objetivo realizar una adecuada evaluación de riesgos. De todas estas situaciones, cabe destacar la de la lactancia natural por ser uno de los momentos en los cuales más obstáculos encuentran las trabajadoras a la hora de recibir una adecuada protección de la seguridad y salud laboral del lactante por parte del empresario.

De cualquier forma, cabe indicar que, en ciertos aspectos, el INSSBT ha previsto, entre otros aspectos, en las NTP y las guías técnicas⁸, las

⁵ Mercader Uguina, J.R., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, en *REDT*, n. 137, 2008, p. 27.

⁶ Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A., *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, p. 4.

⁷ Recuperado el día 30 de diciembre de 2017 de <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>.

⁸ Entre otras, NTP 109: *Valores límite exposición a metales*; NTP 147: *Valores límite exposición a agentes orgánicos*; NTP 165: *Normal control exposición al plomo*; NTP 175: *Evaluación de condiciones trabajo*; NTP 199: *Reconocimientos médicos en exposición a plaguicidas*; NTP 450: *Evaluación de factores psicosociales*; NTP 487: *Agentes neurotóxicos*; NTP 507: *Acoso sexual en el trabajo*; NTP 542: *Tóxicos para la reproducción femenina*; NTP 557: *Sensibilidad química múltiple*; NNTTPP 657-658: *Trastornos musculoesqueléticos de las mujeres*.

diferencias preventivas derivadas del sexo de la persona trabajadora como argumento diferencial en los efectos de la exposición a determinados riesgos, estableciendo así valores límite biológicos inferiores para la mujer, o la frecuencia de aparición de sensibilidad química múltiple de forma superior a las mujeres, o la mayor sensibilidad a los alteradores endocrinos que padecen los mujeres frente a los hombres.

2. Normativa reguladora

La protección de la mujer trabajadora embarazada o en período de lactancia ya vino establecida por la OIT en su Convenio núm. 103⁹ así como en la Recomendación núm. 95¹⁰, previendo, a tal efecto, una serie de medidas preventivas para la salud laboral de las trabajadoras en dichas situaciones. De hecho, la Recomendación núm. 95 invita a la prohibición a las trabajadoras embarazadas o lactantes que realicen trabajo nocturno, así como horas extraordinarias, y trabajos que impliquen levantar o empujar grandes pesos, que exijan un esfuerzo físico excesivo, un equilibrio especial o la utilización de máquinas de trepidación.

Posteriormente, el Convenio núm. 183 OIT¹¹ establece la necesidad de adoptar medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las trabajadoras embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido, mediante evaluación, que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Como complemento de este Convenio, la Recomendación núm. 191¹² prevé la adopción de medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo, la comunicación de los resultados de dicha evaluación a la mujer, así como en caso de determinarse la existencia de un riesgo significativo la adopción de medidas que, bajo la presentación de un certificado médico, se refieran a eliminar el riesgo, y en el caso de que no sea posible, adaptar las condiciones de trabajo, y en el caso de no ser posible trasladarla a otro puesto, sin pérdida de salario, y por último una licencia remunerada cuando el traslado no sea posible. Es más, la citada Recomendación propone una serie de medidas cuando se den condiciones de trabajo enumeradas en la misma, tales como todo trabajo penoso que

⁹ De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

¹⁰ De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

¹¹ De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

¹² De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

obligue a levantar, cargar, empujar o tirar cargas manualmente; todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas; todo trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio; todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.

En el ámbito comunitario, tanto la Directiva Marco 89/391/CEE¹³ como la Directiva 92/85/CEE¹⁴ establecen medidas tendentes a evitar a la mujer embarazada o en período de lactancia la exposición a determinados riesgos que podrían ser perjudiciales para su salud o la del feto¹⁵. Cabe destacar como tanto en la normativa internacional citada como en la comunitaria destaca la obligación del empresario de determinar para toda actividad que pueda presentar un riesgo, la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras con el fin de poder apreciar cualquier riesgo y establecer las medidas que deban adoptarse, así como la necesidad de comunicar a las trabajadoras los resultados de la evaluación, y todas las medidas relativas a la salud y la seguridad en el trabajo.

En el ámbito nacional, destaca el art. 26 LPRL que fue modificado por la Ley 39/1999¹⁶ y la LO 3/2007¹⁷. Concretamente, su apartado 4 considera a la trabajadora en situación de lactancia natural como uno de los colectivos de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y por consiguiente, tienen derecho a una mayor protección que el resto de trabajadores.

Además, a través del RD 289/2009¹⁸ se modificó el RD 39/1997, en este aspecto, y se adhirieron al mismo dos anexos de la Directiva 92/1985 (Anexo VII A y B) que recogen un lista no exhaustiva de condiciones de trabajo que potencialmente pueden dañar a la empleada y catalogadas en

¹³ De 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

¹⁴ De 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia.

¹⁵ Ballester Pastor, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, 2010.

¹⁶ De 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

¹⁷ De 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁸ De 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con 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 período de lactancia.

elementos químicos, físicos o biológicos.

La LPRL, a diferencia de la normativa comunitaria, no contiene una delimitación subjetiva de su ámbito de aplicación, esto es, no concreta las trabajadoras a las que resulta de aplicación. No obstante, en materia de prevención de riesgos laborales el concepto de lactancia guarda relación con la posibilidad de que los factores de riesgo a los que se encuentra sometida la madre se transmitan al hijo a través de la leche materna, por lo que sólo la lactancia natural es susceptible de protección¹⁹, quedando, pues, fuera de protección los supuestos de lactancia artificial, ya que su protección es ajena a la finalidad del precepto, al no derivarse ningún riesgo específico para los supuestos en que la lactancia no es natural, pues éste únicamente concurre por la posibilidad de que la madre transmita a su hijo algún riesgo para su salud a partir del amamantamiento.

En definitiva, el art. 26 LPRL se refiere a aquellas trabajadoras lactantes que ocupan un puesto de trabajo que, según la evaluación de riesgos realizada, supone un riesgo para su salud o la del hijo, y así sea certificado por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

Resalta, pues, la importancia que adquiere, según el art. 26.4 LPRL, la evaluación de riesgos que debe realizar el empresario para conocer cuáles son los riesgos y su incidencia en la salud de la trabajadora o de su hijo a efectos de poder conceder la protección necesaria a la trabajadora y al hijo.

Como complemento y posterior a dicha evaluación, el art. 26 LPRL prevé otras medidas, y en el siguiente orden, tales como la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, la movilidad funcional ordinaria, la movilidad funcional extraordinaria, y la suspensión del contrato de trabajo.

3. Trabajadora en período de lactancia

El art. 2 Directiva 92/85/CEE define la trabajadora en período de lactancia como aquella que comunique su estado al empresario con arreglo a las disposiciones legales o a las prácticas nacionales.

No obstante, el art. 26 LPRL no determina las mujeres que podrán ser beneficiarias de esa protección, puesto que nada se dice de la comunicación de la trabajadora al empresario de su opción por la lactancia

¹⁹ Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A., *Mujer y salud laboral...*, *op. cit.*, p. 10.

natural o mixta²⁰. Por ello, y al igual que ocurre para la determinación de la trabajadora embarazada, y siguiendo la línea de la Directiva 92/85/CEE, será necesario que al menos ponga en conocimiento esta situación²¹. En otras palabras, aunque el art. 26 LPRL deja indeterminada la obligación de comunicación al empresario, para que el proceso preventivo se ponga en marcha se requiere que la trabajadora comunique al empresario que se encuentra en situación de lactancia natural o de que prevea que puede encontrarse en la misma.

En este sentido, el certificado médico exigible para el período de lactancia debe existir como requisito formal, incluso para tomar la primera de las medidas previstas, esto es, la adaptación del puesto, de tal forma que se requiere como base el certificado médico realizado por los servicios médicos del INSS o las Mutuas, en su caso, y el informe del médico del servicio nacional de salud que asista a la trabajadora o al hijo.

De las diferentes formas de lactancia, esto es, natural, artificial o mixta, sólo queda protegida desde el punto de vista preventivo, cuya finalidad es prestar atención a los factores de riesgo derivados de las condiciones de trabajo de la madre que se pueden transmitir al hijo a través de la leche materna, la lactancia natural o la mixta, ya que la lactancia artificial no conlleva dichos riesgos de transmisión de los distintos agentes peligrosos a través de la leche y por el contacto directo entre madre e hijo²².

4. Discriminación por razón de sexo

El principio de igualdad de trato y no discriminación es reconocido por normas internacionales, comunitarias e internas. Cabe citar, por un lado, el art. 14 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²³, así como el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, o el Convenio núm. 111 OIT²⁵, el cual define la discriminación como “*cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política,*

²⁰ Lousada Arochena, J.F., *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid, MTAS, 2002, p. 136.

²¹ Palomo Balda, E., “Grupos especiales de riesgo”, en Aramendi Sánchez, P., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, Dykinson, CGPJ, 2006, p. 312.

²² Solé Gómez, M.D., *NTP 664. Lactancia materna y vuelta al trabajo*, Madrid, INSSBT, 2000.

²³ De 4 de noviembre de 1950.

²⁴ De 16 de diciembre de 1966.

²⁵ De 25 de junio de 1958, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación.

ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

El Convenio núm. 111 destaca por recoger una visión avanzada del derecho al defender no sólo la igualdad formal, sino también material en tanto que establece que los Estados miembros han de poner en práctica una política nacional que promueva la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación para erradicar la discriminación y, además, admite el recurso a las medidas de acción positiva que tendrán carácter temporal y se adoptarán a favor del colectivo tutelado mientras dure la situación discriminatoria (art. 5).

Asimismo, el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo encuentra reflejo en el Convenio núm. 122 OIT²⁶ sobre política de empleo o en el Convenio núm. 156 OIT²⁷ sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

A nivel comunitario es la Directiva 2006/54²⁸ la que tiene por objeto “*garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*” (art. 1), definiendo en su art. 2 la discriminación directa como la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, y discriminación indirecta como aquella “*situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”, y en su apartado c) incluye dentro del concepto de discriminación a aquel “*trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85*”.

En nuestro Derecho interno, el art. 14 CE prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo, estableciéndose la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral en el art. 35 CE. Por su parte, la LO 3/2007, en su art. 7, recoge las definiciones de la Directiva 2006/54 en relación a la discriminación directa e indirecta. A nivel laboral, es el art. 17 ET el que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo.

La doctrina considera que la discriminación directa constituye el “primer peldaño de la prohibición de la discriminación, absolutamente básico y

²⁶ De 9 de julio de 1964, sobre la política del empleo.

²⁷ De 23 de junio de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

²⁸ De 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación.

fundamental y, por tanto, inderogable”²⁹, esto es, “el núcleo fundamental de la indirección de la discriminación por razón de sexo”³⁰. La definición que ofrece el art. 6 LO 3/2007 se construye a partir de diversos elementos. En primer lugar, un concepto bilateral de la discriminación directa, ya que hace referencia a “*una persona*”, lo cual puede ser un hombre o una mujer. En segundo lugar, un tratamiento desfavorable al indicar “*sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable*”. En tercer lugar, un elemento comparativo al señalar “*que otra en situación comparable*”. Y, por último, un elemento causal al indicar “*en atención a su sexo*”. En definitiva, la discriminación directa se sintetiza en aquel trato dado a una persona, siendo por regla general una mujer, cuya causa inmediata son los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres con respecto a los hombres.

En la discriminación directa por razón de sexo, el sexo se erige en el criterio de diferenciación utilizado por una norma o decisión unilateral del empleador de una manera perceptible y clara con un mero examen superficial³¹, y salvo supuestos verdaderamente excepcionales en los que el sexo es condición básica de la tarea a desarrollar, se trata de una diferenciación terminantemente proscrita. Según el TC, el canon constitucional o sistema de control de constitucionalidad del derecho a no ser discriminado presenta una peculiaridad propia derivada de que en el marco de las relaciones laborales no se trata normalmente de una discriminación establecida por el legislador, sino de una situación de hecho condicionada, como tal, a las circunstancias concurrentes del caso, previas, simultáneas o posteriores a la decisión que se enjuicia. Ello, unido a que la discriminación en sí misma es una realidad de prueba extremadamente compleja, hace que la pretensión consistente en la vulneración del art. 14 CE se encuadre dentro del grupo de casos regido por el esquema de la denominada prueba indiciaria³². En este canon, el control constitucional es bifásico y consiste en verificar, en primer término, si el demandante demostró un panorama indiciario suficiente del que inferir una sospecha razonable de que el trato desfavorable pudo ser discriminatorio, y de ser así, se procede a invertir la carga de la prueba,

²⁹ Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 68.

³⁰ Serra Cristóbal, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en Ridaura Martínez, M.J. y Aznar Gómez, M. (coords.), *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 365.

³¹ Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 69.

³² STC 17/2003, de 30 de enero.

correspondiendo al empleador demostrar que la decisión responde a una razón objetiva y razonable ajena por completo al rasgo discriminatorio. Sólo con la técnica de la prueba de indicios, como canon específico elaborado para este tipo de supuestos, es posible hacer aflorar, para corregirlas, las vulneraciones en su caso existentes. De no existir un panorama indiciario suficiente, el TC no tiene necesidad de avanzar en su canon o control de constitucionalidad, pues no se habría siquiera levantado la sospecha de la lesión que se aduce³³. Por el contrario, apreciado por el TC que hay prueba indiciaria de que la decisión empresarial puede enmascarar lesión de derechos fundamentales, entonces procederá a realizar una segunda tarea consistente en verificar si, pese a las sospechas surgidas, el empresario acreditó motivos o causas razonables ajenas a todo propósito atentatorio del derecho, es decir, comprobará si la decisión se adoptó al margen del elemento o rasgo prohibido y se destruyó, con ello, la apariencia discriminatoria.

Por tanto, el aspecto más relevante de la definición de discriminación directa es el comparador hipotético, según el cual, existe discriminación directa no solo cuando una persona sea o haya sido tratada de modo menos favorable por razón de sexo sino también cuando pudiera ser tratada de modo menos favorable por esta causa. El comparador hipotético introduce una nueva perspectiva en el concepto de discriminación directa porque permite considerar que concurre a partir de comportamientos genéricos del empresario en relación con el colectivo masculino y femenino. Dicho comparador permite que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico ni similar, sino que la prueba de indicios implica que es suficiente con una evidencia, conforme al comportamiento general de la empresa, de que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que la reclamante hubiera sido un hombre y no una mujer³⁴.

Además, las discriminaciones directas pueden ser abiertas y ocultas o encubiertas³⁵, que son aquéllas en las que existen razones aparentes para la diferencia de trato aunque, en verdad, es la circunstancia personal o social la que ha sido tomada en cuenta y ha influido en el establecimiento de la diferencia. Así, aunque la causa del tratamiento diverso es aquel factor diferencial, se esconde bajo denominaciones o instituciones en las que la trascendencia del factor es secundaria o no es en absoluto evidente,

³³ STC 41/2002, de 25 de febrero.

³⁴ Ballester Pastor, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line).

³⁵ STC 198/1996, de 3 de julio.

aparecerá una causa distinta para establecer una diferencia de trato perjudicial³⁶. Pese a la doctrina que considera la diferencia entre la discriminación encubierta y la indirecta en base a la ausencia de intencionalidad o finalidad discriminatoria de la segunda, una nueva línea doctrinal sostiene que, en ambas, se localiza la presunción de una finalidad discriminatoria pero en la discriminación indirecta la presunción es tan fuerte que hace difícil al actor de la medida la prueba de la neutralidad de la misma³⁷.

Por su parte, la discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, esto es, una disposición legal o reglamentaria, o una cláusula convencional o contractual, o un pacto individual sitúa a las personas pertenecientes a los colectivos referidos en desventaja particular con respecto al resto, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Esto es, se deberá probar la proporcionalidad y la necesidad de la medida que se presenta como aparentemente neutra, en el sentido de que no se pueda lograr el objetivo recurriendo a otras medidas menos perjudiciales³⁸.

En resumen, se puede hablar de discriminación directa cuando una persona por razón de sexo sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable que otra en situación comparable, mientras que la indirecta aparece cuando una disposición legal o reglamentaria, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral, sitúan a las personas pertenecientes a los colectivos referidos en desventaja particular con respecto al resto³⁹, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Es decir, se deberá probar la proporcionalidad y la necesidad de la medida que se presenta como aparentemente neutra, en el sentido de que no se

³⁶ Pérez del Río, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en AA.VV., *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, p. 287.

³⁷ Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004. p. 297.

³⁸ Cruz Villalón, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 288.

³⁹ STC 41/1999, de 22 de marzo, que declara que la prohibición de discriminación obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo.

pueda lograr el objetivo recurriendo a otras medidas menos perjudiciales⁴⁰. La consideración de una discriminación indirecta exige delimitar si la disposición, criterio o práctica es potencialmente discriminatoria, examinar si el criterio afecta a un número superior de integrantes de un colectivo discriminado (mujeres) que recibe un tratamiento perjudicial y, si así fuera, el empresario debería probar que tal criterio es ajeno a toda intención discriminatoria y que su utilización responde a una finalidad proporcional y neutra ajena a la discriminación contra dicho colectivo.

5. Lactancia y evaluación de riesgos

Tal y como se ha señalado anteriormente, el art. 26 LPRL configura la obligación empresarial de realizar una evaluación de riesgos específica, siendo ésta la primera medida y fundamental que debe realizar el empresario para otorgar la protección de esos colectivos especialmente sensibles.

Al respecto cabe plantearse varias cuestiones. En primer lugar, se plantea, en relación con los arts. 14 y 16 LPRL, si para que la trabajadora pueda acceder a la prestación por riesgo durante la lactancia natural es suficiente la existencia de unos riesgos genéricos o, por el contrario, es preciso que se determine tanto la especificidad de los riesgos en relación con la lactancia como la vinculación y el alcance con el concreto puesto de trabajo.

En segundo lugar, se cuestiona también si el hecho de que no exista una evaluación del riesgo que presenta un puesto de trabajo para una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable para la mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, y por tanto, constitutivo de discriminación directa por razón de sexo⁴¹.

5.1. Necesidad de una evaluación de riesgos específica

Según el art. 26 LPRL, la evaluación de riesgos deberá tener en cuenta aquellos riesgos específicos en relación con las trabajadoras embarazadas

⁴⁰ Cruz Villalón, J., “Igualdad y no discriminación”, en Rodríguez Sañudo, F. y Elorza Guerrero, F. (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 288.

⁴¹ Cuestión analizada por la STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

o en situación de parto reciente, teniendo presente la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Ello significa que los riesgos existentes en un concreto puesto de trabajo han de ser precisados tras la realización de la pertinente evaluación de riesgos laborales que debe permitir la creación de una relación de puestos de trabajo exentos de riesgo y de actuar preventivamente sobre aquellos que presenten riesgos.

Por tanto, el punto de partida es la evaluación de riesgos⁴², siendo además, el pilar de la tutela que el empresario está obligado a proporcionarla a la trabajadora⁴³.

De este modo, la evaluación de riesgos es considerada como el instrumento del que partirán el conjunto de medidas preventivas a adoptar para las trabajadoras lactantes. En otras palabras, si la evaluación de riesgos es considerada como la elaboración de un análisis sistemático de todos los aspectos de la actividad laboral con el objeto de determinar los elementos peligrosos que pueden causar daños o lesiones, la posibilidad de eliminarlos y/o adoptar determinadas medidas preventivas⁴⁴, este proceso exige además la valoración específica destinada a evaluar los riesgos para la seguridad y salud de un grupo de trabajadores expuestos a riesgos especiales, entre los que es preciso incluir las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, debiendo ser tenidos en cuenta los riesgos potenciales de los puestos de trabajo para estos colectivos, independientemente de que en ese momento estén siendo ocupados o no por trabajadoras pertenecientes a estos colectivos⁴⁵.

Esta evaluación de riesgos ha de atender a la lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, (Anexo VII RD 39/1997) teniendo la

⁴² López Rubia, E., “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *TS*, n. 115, 2000, p. 30.

⁴³ García Testal, E., “Lactancia y protección de la salud: la evaluación de riesgos y el carácter subsidiario de la dispensa de trabajo”, *RGDTSS*, n. 28, 2012 (versión on line).

⁴⁴ Nuñez González, C., *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 22.

⁴⁵ Cardona Rubert, M.B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 33.

trabajadora en lactancia prohibido realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva (Anexo VIII RD 39/1997) cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o salud o la del feto. En esta lista se diferencia por una parte entre agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya peligrosidad debe ser evaluada, siendo lícita la exposición controlada o reducida hasta niveles admisibles o inocuos, debiendo, en su caso, ser aplicadas las correspondientes medidas preventivas -adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo, movilidad funcional-, y por otra parte a agentes y condiciones de trabajo cuya presencia determina una prohibición de exposición absoluta, lo que exige que tras la detección de su existencia se proceda a la movilidad del trabajador o bien se le suspenda el contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia.

La doctrina ha echado en falta la inclusión en dichos anexos de los riesgos psicosociales y de los riesgos ergonómicos. Nadie duda que la evaluación de los riesgos psicosociales es compleja, pero ello no debe ser obstáculo para tener en consideración unos riesgos que tienen una alta incidencia sobre las mujeres trabajadoras. Del mismo modo, los ergonómicos deben ser también tenidos en cuenta, pues casualmente los sectores en los que predominan las mujeres trabajadoras son aquéllos en los que los riesgos ergonómicos tienen una alta presencia, como en el sector comercial, donde abundan las tareas realizadas de pie, o los puestos administrativos con un perfil sedentario en posición sentado. Asimismo, resultan también importantes los puestos de trabajo del sector sanitario, donde el contagio de enfermedades o la exposición a radiaciones ionizantes es importante.

Asimismo, el art. 16 LPRL obliga al empresario a elaborar un plan de prevención de riesgos laborales, siendo uno de los instrumentos esenciales para ello la evaluación de riesgos laborales y la consiguiente planificación preventiva. Además, como señala nuestro alto tribunal⁴⁶, la evaluación inicial de riesgos debe tener en cuenta de forma específica los riesgos vinculados a la lactancia natural. Ello significa pues que la evaluación de riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica⁴⁷, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo⁴⁸.

⁴⁶ STS de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2707/2010.

⁴⁷ STS de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 1864/2010, que señala que la “evaluación ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el artículo 26”.

⁴⁸ STS de 24 de abril de 2012, rec. núm. 828/2011.

Asimismo lo entiende la doctrina judicial mayoritaria, que considera que la evaluación de riesgos debe ser específica del puesto de trabajo expresándose los riesgos exigentes y las tareas que no se pueden realizar en caso de que la trabajadora se encuentre en estado de gestación o lactancia natural⁴⁹. A continuación, el apartado 2 del art. 16 LPRL indica que el empresario debe actualizar la evaluación de riesgos cuando cambien las condiciones de trabajo, así como con ocasión de los daños para la salud que se produzcan⁵⁰.

En relación con el modo de proceder a la evaluación de riesgos, ante la ausencia de unas directrices sobre evaluación de riesgos para el embarazo y la lactancia, que según la disposición adicional tercera RD 298/2009 debían ser aprobadas por el Ministerio de Trabajo, debe acudir a la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales, considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁵¹. De cualquier forma, y siguiendo el sentido común, en la realización de la evaluación de riesgos deberá tenerse presente que tiene como fin detectar y, en su caso, estimar la magnitud de los riesgos que son inevitables, de forma que el empresario pueda obtener la información necesaria para poder valorar si es necesario adoptar medidas de prevención. Todo método de evaluación, en fin, deberá proceder a evaluar las condiciones de trabajo, dar información sobre la exposición por puesto de trabajo, permitir estimar la magnitud de los riesgos y las trabajadoras concretas expuestas y tener una finalidad preventiva, ya que el objetivo no es sólo obtener información, sino utilizarlas para adoptar medidas.

El empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, debe determinar la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos para el embarazo y/o la lactancia y si en algunos puestos no es posible eliminar los riesgos, deberán ser evaluados y se deberán establecer las medidas preventivas correspondientes, tras las cuales si siguen existiendo riesgos se podrán reconocer los puestos de trabajo con riesgos. Este listado debe revisarse periódicamente, en función de las modificaciones en las condiciones de los puestos de trabajo que puedan afectarlo o de los resultados de evaluaciones de riesgos que se realicen periódicamente⁵².

Además, para entender que la evaluación de riesgos ha conseguido su

⁴⁹ SSTSJ Navarra, de 29 de enero de 2002, rec. núm. 570/2001; Navarra, de 13 de junio de 2002.

⁵⁰ García Testal, E., "Lactancia y protección de...", *op. cit.*

⁵¹ COM, 2000, 466 final.

⁵² Ferradans Caramés, C., "Género y prevención de...", *op. cit.*

objetivo y es un instrumento útil de prevención, hay que partir de la base de que hay que identificar los momentos biológicos exactos en los que se encuentra la trabajadora y prever las situaciones derivadas de la maternidad. Se trata de hacer una valoración de riesgos cuantitativa y cualitativa, teniendo en cuenta, como ya se ha indicado, los citados Anexos.

Según la doctrina judicial comunitaria⁵³, la evaluación de riesgos constituye un “examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional” que comprende al menos tres fases. La primera fase consiste en la identificación de los peligros, esto es, agentes físicos, químicos y biológicos, procedimientos industriales, movimientos y posturas, fatiga mental y física, y otras cargas físicas y mentales. La segunda fase prevé la identificación de las categorías de trabajadoras, esto es, embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia, que estén expuestas a uno o varios riesgos. Y la tercera fase, comprende la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos, siendo “la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente (...) a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores”. Concretamente, en relación con las trabajadoras en período de lactancia, los empresarios deben realizar un examen periódico de los riesgos durante todo dicho período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de dichas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias, como plomo, disolventes orgánicos, pesticidas o antimetabólicos, pues algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas. Por tanto, señala que la evaluación de los riesgos que “presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”⁵⁴.

De los citados arts. 16 y 26 LPRL cabe concluir que si queda constatada la exigencia de un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, de acuerdo con los resultados de la evaluación, la norma impone al empresario la adopción de una serie de medidas para evitar la exposición a dicho riesgo. Se exige, según nuestro alto tribunal, que se realice una

⁵³ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

⁵⁴ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

concreción lo más detallada posible en relación con la concurrencia del riesgo, no cubriéndose este aspecto si de forma genérica se efectúan valoraciones, pues se requiere la apreciación de factores de riesgo que concurran “de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado”⁵⁵. En definitiva, “ha de concurrir un riesgo específico para la lactancia”, siendo éste el hecho determinante causante de la prestación, y ello requiere pues que en primer lugar se proceda a la “identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural”.

Además, como señala el TS, dicho riesgo ha de ser “específico, esto es, de un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas que a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural”⁵⁶.

En conclusión, el art. 26.4 LPRL establece la obligación del empresario de conocer cuáles son los riesgos y su incidencia en la salud de la trabajadora o de su hijo, por lo que la evaluación de riesgos debe también considerar la protección de la lactancia, lo que supone extender la posición de garante del empresario a esta situación⁵⁷. La trabajadora pues, no tendrá acceso a la protección si no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia.

En definitiva, junto a la evaluación genérica del puesto en la que se determinarán los riesgos específicos de cada uno y los riesgos para el caso en el que el puesto sea ocupado por una mujer en situación de embarazo o lactancia y para que el empresario pueda cumplir de forma adecuada el resto de obligaciones que la ley le impone, será necesario la realización de una evaluación específica y diferente en cada supuesto de mujer embarazada⁵⁸. Es decir, no será suficiente con realizar una evaluación de riesgos funcional y por puesto de trabajo, sino que se requiere una evaluación específica y concreta para cada mujer en función del momento del ciclo biológico en el que se encuentre⁵⁹.

⁵⁵ STS de 18 de marzo de 2011, rec. núm. 1863/2010.

⁵⁶ STS de 18 de marzo de 2011, rec. núm. 1863/2010.

⁵⁷ Carrero Domínguez, C., “La proyección de la ley de igualdad en la prevención de riesgos laborales”, en Mercader Uguina, J. (coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 376.

⁵⁸ Fernández Costales Muñiz, J., “La movilidad del trabajador como fuente de riesgos profesionales y como medida preventiva en colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización en el trabajo*, Castilla y León, Consejería de Economía y Empleo, 2008, p. 254.

⁵⁹ STC 161/2004, de 4 de octubre.

5.2. Ausencia de evaluación de riesgos específica y discriminación por razón de sexo

Teniendo presente que, dado que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, al embarazo o permiso por maternidad, las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado luz, y asimismo debe considerarse incluido el posible trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia en el ámbito de aplicación del art. 2.2. c) Directiva 2006/54/CE, y por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

De ahí que se haya planteado si cuando los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia no han sido evaluados con arreglo a las exigencias establecidas en el art. 4.1 Directiva 92/85, se priva a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que ha de otorgárseles en virtud de la citada Directiva, ya que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada al evaluar los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada. No se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario⁶⁰.

La pasividad del empresario ante las situaciones de protección de la mujer en período de lactancia ha sido considerada por el TC⁶¹ como discriminatoria por razón de sexo, poniéndose en peligro la salud de la embarazada y del feto. El TC ha considerado que existe lesión del derecho fundamental a la salud y a la integridad física de la trabajadora y que, por lo tanto, la LPRL debe ser leída, aplicada a la luz de la CE en los supuestos de pasividad. Se analiza en concreto el caso de una trabajadora que, cuando habiendo un informe médico que la incapacita para su puesto de trabajo a causa de su embarazo, procede el empresario a la suspensión del contrato, sin aplicar de forma escalonada las medidas del art. 26 LPRL. El TC considera que la empresa debió evaluar los riesgos y elaborar la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos para que la afectada pudiera ser destinada a uno de ellos de forma provisional. Por ello, el TC considera que existe una discriminación por razón de sexo precisando que

⁶⁰ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

⁶¹ SSTC 62/2007, de 27 de marzo; 161/2004, de 4 de octubre.

“la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del embarazo”⁶², aludiendo pues a que el empresario no puede proceder directamente a la suspensión del contrato de trabajo, sino que previamente debe aplicar las medidas previstas y siguiendo el orden establecido en el art. 26 LPRL.

La doctrina judicial comunitaria⁶³ ha declarado que la inexistencia de evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia, según el art. 4.1 Directiva 92/85 constituye una discriminación directa por razón de sexo por otorgar un trato menos favorable a la mujer vinculado por el embarazo o permiso de maternidad. Es decir, que el simple informe que pueda realizar el empresario en relación con la evaluación de riesgos sin seguirse las directrices explicadas anteriormente no se corresponde con la evaluación de los riesgos que debe realizarse según las exigencias legales del art. 4.1 Directiva 92/85, por lo que se deduce una clara existencia de discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 2006/54⁶⁴.

Esta sentencia comunitaria deja la puerta abierta a la declaración como discriminatoria por razón de sexo de muchos supuestos de denegación de la aplicación de las medidas preventivas previstas para las trabajadoras en período de lactancia del art. 26 LPRL, y en su caso, de la prestación por lactancia en base a la ausencia de una evaluación de riesgos específica. Así se puede observar en muchos pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales donde se ha considerado que la no realización de la evaluación de riesgos de forma específica y siguiendo lo preceptuado en el art. 16 LPRL impide la apreciación de un riesgo específico para la lactancia natural con la consiguiente denegación de la aplicación del art. 26 LPRL. Así, nuestro alto tribunal⁶⁵ tiene declarado reiteradamente que

⁶² STC 161/2004, de 4 de octubre.

⁶³ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015, que enjuicia el caso de una trabajadora que presta servicios como enfermera en el servicio de urgencias de un centro hospitalario de La Coruña, que estando en período de lactancia natural solicita una adaptación de sus condiciones de trabajo por las posibles repercusiones negativas que su puesto de trabajo podría tener sobre la lactancia, y la dirección del centro entendió que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia. Asimismo, la jefa de recursos humanos informó que el puesto de trabajo de la enfermera estaba exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo que se había confeccionado, pero la trabajadora presentó un escrito de su superior jerárquica en el que indicaba que su puesto de trabajo presentaba diversos riesgos para la lactancia.

⁶⁴ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

⁶⁵ STS de 22 de noviembre de 2011, rec. núm. 306/2011. En el mismo sentido, SSTS de 13 de mayo de 2015, rec. núm. 3114/2013; de 24 de junio de 2013, rec. núm. 2488/2012;

según el art. 26 LPRL “la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, respetando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora (...) debe recordarse aquí que la primera causa de denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora fue la ausencia de justificación de la existencia de riesgos específicos para la lactante que la solicitaba”. Por tanto, “para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural”.

En definitiva, dicha evaluación de riesgos no debe confundirse con “meros documentos genéricos sobre riesgos, sino que consiste en un estudio específico del puesto de trabajo en concreto y de los trabajadores concretos. En este sentido el artículo 39.4 b) RD 295/2009 de 6-3 (Regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) exige la prestación a la Entidad Gestora de un servicio de prevención de la empresa, propio o ajeno y, en concreto, de los responsables de dicho servicio encargados de la especialidad preventiva de vigilancia de la salud”⁶⁶. En palabras de nuestro alto tribunal, se requiere que la evaluación de riesgos contemple una “verdadera especificación respecto de esos riesgos”, no siendo suficiente una “declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, del médico del servicio de urgencias hospitalarias, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos

de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 1563/2012; de 21 de junio de 2012, rec. núm. 2361/2011; de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 1864/2010; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2707/2010; de 21 de septiembre de 2011, rec. núm. 2342/2010.

⁶⁶ STSJ Galicia, de 17 de febrero de 2017, rec. núm. 2438/2016. En términos similares, SSTSJ Cataluña, de 26 de enero de 2016, rec. núm. 5777/2015; Madrid, de 19 de diciembre de 2016, rec. núm. 858/2016; Galicia, de 26 de enero de 2015, rec. núm. 1380/2013; País Vasco, de 11 de marzo de 2014, rec. núm. 336/2014; Asturias, de 29 de noviembre de 2013, rec. núm. 1992/2013; Asturias, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 1173/2012; Asturias, de 20 de abril de 2012, rec. núm. 403/2012; Baleares, de 13 de febrero de 2012, rec. núm. 786/2011; Baleares, de 13 de febrero de 2012, rec. núm. 776/2011; Madrid, sala contencioso-administrativo, de 1 de junio de 2007, rec. núm. 231/2007.

detectados efectivamente en el puesto que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante”⁶⁷.

Cabe destacar que algún sector judicial⁶⁸, aunque minoritario, y sin estimar que la falta de la evaluación de riesgos específica supone una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, sí ha considerado que conlleva una violación del derecho a la integridad física por omisión, pues entiende que no es suficiente con la evaluación de riesgos realizadas para las trabajadoras embarazadas, siendo necesario proceder a una evaluación de riesgos específica para las trabajadoras en situación de lactancia.

6. Conclusión

En este sentido, el *Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010*⁶⁹ establece hasta seis áreas de actuación prioritaria dirigidas a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Y en materia de seguridad y salud laboral no cabe duda que hombres y mujeres se enfrentan a riesgos diferentes. No obstante, la normativa parte de un diseño y una consideración teniendo siempre como referencia al hombre, llevando incluso a la masculinización de muchas enfermedades profesionales recogidas en el RD 1299/2006 que conllevan una discriminación indirecta para las mujeres⁷⁰. Como consecuencia, ante la situación de brecha que se

⁶⁷ STS de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 1563/2012.

⁶⁸ STSJ Madrid, de 20 de enero de 2016, rec. núm. 895/2015, que considera que existe un incumplimiento empresarial de su obligación de evaluación específica para las trabajadoras en período de lactancia.

⁶⁹ Comisión europea. Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10404>.

⁷⁰ STSJ Galicia, de 14 de octubre de 2016, rec. núm. 1513/2016, que señala que en estas situaciones se produce una clara “discriminación indirecta por razón de sexo más claramente apreciable precisamente en aquellas profesiones mayoritariamente feminizadas por la doble circunstancia de que la enfermedad está feminizada y también lo está la profesión, como notoriamente son las profesiones vinculadas a la conserva y a los servicios de limpieza en las cuales la trabajadora recurrente está ocupada, incluyendo explícitamente sus tareas en la fábrica de conservas '(la) carga física al mantener la misma postura, la realización de movimientos repetitivos (especialmente en manos y muñecas) o continuos estiramientos y flexiones para el montaje y desmontaje de palets; (y los) sobreesfuerzos y manipulación de cargas continuadas con pesos que oscilan entre los 7 y 20 kilogramos' -según se declara probado en el hecho probado quinto, tras la revisión fáctica al respecto pretendida y acogida-, lo que nos sitúa dentro de las profesiones y tareas que pueden originar la patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores del hombro que padece la recurrente según se detalla en las ya tan reiteradas 'Directrices

vive en materia de protección de la seguridad y salud de las mujeres trabajadoras, debido en gran parte al establecimiento de estándares homogéneos y uniformes para mujeres y hombres cuando la realidad muestra que requieren de una protección específica por sus particularidades anatómicas, fisiológicas, psicológicas o psicosociales, se requiere de una actuación y política social totalmente diferente, teniendo pues en cuenta que el fin es conseguir la igualdad de trato de mujeres y hombres, lo cual pasa, precisamente, por la atención a la diversidad y por la evitación de la discriminación indirecta derivada del enfoque antropocéntrico que, tradicionalmente, viene fundamentando tanto la normativa como la praxis⁷¹.

En la misma línea, el Marco Estratégico de la Unión Europea en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020⁷² y el art. 5.4 LPRL establecen el claro mandato, dirigido a las Administraciones Públicas, de promover la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres “*considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores*”.

Con esta sentencia comunitaria⁷³ se abre la posibilidad de que aquellas situaciones en las que no exista la correspondiente evaluación de riesgos específica prevista en el art. 26 LPRL para las trabajadoras en período de lactancia obtengan una protección por la vía de la discriminación por razón de sexo.

para la decisión clínica en enfermedades profesionales', y que, sin embargo, no aparecen expresamente citadas en el Anexo 1 (cuadro de enfermedades profesionales - codificación) del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, al enumerar bajo el código 2D0101 las profesiones de 'pintores, escayolistas, montadores de estructuras', siendo curiosamente estas profesiones citadas mayoritariamente masculinizadas, lo que a la postre no es sino una confirmación concreta de que el Derecho de la Seguridad Social, nacido en la época de la sociedad industrial, tiene como modelo el de un trabajador varón”.

⁷¹ Ferradans Caramés, C., “Género y prevención de...”, *op. cit.*

⁷² Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=89&newsId=2053&furtherNews=yes>

⁷³ STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos, C-535/2015.

7. Bibliografía

- Ballester Pastor, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia, 2010.
- Ballester Pastor, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line).
- Cardona Rubert, M.B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- Carrero Domínguez, C., “La proyección de la ley de igualdad en la prevención de riesgos laborales”, en Mercader Uguina, J. (coord.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Cruz Villalón, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Fernández Costales Muñiz, J., “La movilidad del trabajador como fuente de riesgos profesionales y como medida preventiva en colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización en el trabajo*, Castilla y León, Consejería de Economía y Empleo, 2008.
- Ferradans Caramés, C., “Género y prevención de riesgos laborales”, en *RDS*, n. 53, 2011.
- García Testal, E., “Lactancia y protección de la salud: la evaluación de riesgos y el carácter subsidiario de la dispensa de trabajo”, en *RGDTSS*, núm. 28, 2012 (versión on line).
- Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- López Rubia, E., “Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *TS*, n. 115, 2000.
- Lousada Arochena, J.F., *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid, MTAS, 2002.
- Mercader Uguina, J.R., “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, en *REDT*, n. 137, 2008.
- Nuñez González, C., *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Palomo Balda, E., “Grupos especiales de riesgo”, en Aramendi Sánchez, P., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Madrid, Dykinson, CGPJ, 2006.

- Pérez del Río, T., “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en AA.VV., *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003.
- Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M.A., *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000.
- Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- Serra Cristóbal, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en Ridaura Martínez, M.J. y Aznar Gómez, M. (coords.), *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Solé Gómez, M.D., *NTP 664. Lactancia materna y vuelta al trabajo*, Madrid, INSSBT, 2000.

El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea*

María Luisa JIMÉNEZ RODRIGO**

RESUMEN: Este artículo presenta una revisión de políticas y buenas prácticas desarrolladas en la Unión Europea para el abordaje de la discriminación múltiple en el empleo por parte de distintos actores de las relaciones laborales: gubernamentales, sindicales, empresariales y ONGs. Las iniciativas examinadas se han centrado en dos aspectos: 1) reconocimiento legal y protección normativa; 2) intervención sociolaboral (concienciación y formación; acceso al empleo; prácticas de los centros de trabajo, y respuesta frente a la discriminación). Esta revisión ha permitido identificar puntos clave para tratar la discriminación múltiple en el empleo, como la focalización de las acciones en colectivos que acumulan múltiples desventajas, la atención a problemas interseccionales, colaboración institucional y entre agentes de las relaciones laborales, y participación de la sociedad civil. Así también, esta revisión revela necesidades de actuación, especialmente en cuanto a la transformación de prácticas y estructuras discriminatorias de las organizaciones laborales.

Palabras clave: Desigualdad laboral, exclusión del mercado de trabajo, interseccionalidad, políticas públicas, desigualdad de género, diversidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La discriminación múltiple en el empleo: Coordinadas teóricas y antecedentes. 2.1. El concepto de discriminación. 2.2 La discriminación desde un enfoque múltiple. 2.3. Discriminación múltiple en el empleo: Principales problemas. 2.3.1. Acceso y segmentación del mercado laboral. 2.3.2. Discriminaciones en las condiciones laborales. 2.3.3. Respuestas frente a la discriminación. 3. Políticas y buenas prácticas para el abordaje de las discriminaciones múltiples en el empleo. 3.1. Condiciones facilitadoras. 3.2. Reconocimiento legal y protección normativa 3.3. Intervención sociolaboral para luchar contra las discriminaciones múltiples. 3.3.1. Concienciación y formación de los actores de las relaciones laborales. 3.3.2. Acceso al empleo de colectivos multidiscriminados. 3.3.3 Cambio en las estructuras y prácticas de las organizaciones laborales. 3.3.4. Recursos para responder a las discriminaciones múltiples. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Europeo “Tackling Multiple Discrimination in Greece: Delivering Equality by Active Exploration and Enabling Policy Interventions” (REF- JUST2015RDISAGDISC9507). Una versión preliminar del mismo fue presentada en la International Web Conference “Tackling Multiple Discrimination”, celebrada el 31 de enero y 1 de febrero de 2018.

** Profesora Contratada Doctora. Departamento de Sociología. Universidad de Sevilla.

Addressing multiple discrimination in employment: A review of policies and good practices in the European Union

ABSTRACT: This paper presents a review of policies and good practices carried out in the European Union for tackling multiple discrimination in employment. The initiatives reviewed are conducted by several actors of labour relations (governmental institutions, trade unions, employers organizations, and NGOs) and they are related to two main fields of action: 1) Recognition and normative protection; 2) Socio-labour intervention (awareness and training; access to job; workplace practices, and response to experiences of discrimination). This review allows for identification the main key points to address multiple discrimination at work: focusing actions on groups with accumulated disadvantages, attention to intersectional problems, institutional collaboration and between socio-labour agents, and participation of civil society. This review also shows needs for action, especially regarding the transformation of discriminatory practices and structures at workplaces.

Key Words: Labour inequality, labour market exclusion, intersectionality, public policies, gender inequality, diversity.

1. Introducción

El abordaje de la discriminación múltiple constituye un reto decisivo para las sociedades europeas en su avance hacia una mayor igualdad y calidad social, siendo el ámbito del empleo y de las relaciones laborales un espacio estratégico en esta tarea. Primero, porque es el ámbito donde más discriminaciones se registran¹, implicando la exclusión y la precarización laboral de un amplio conjunto de la población integrado por mujeres, jóvenes, personas mayores, de origen inmigrante extranjero y de minorías étnicas, con discapacidad, y con orientaciones/identidades sexuales diferentes a la heteronormativa². Y, segundo, porque el empleo se configura en las sociedades salariales como un elemento central de la ciudadanía, definiéndose como el principal mecanismo de inclusión social y bienestar. De tal modo, las discriminaciones laborales suelen arrastrar y acumularse a otras discriminaciones sufridas en distintos contextos sociales, y proyectarse a lo largo de la vida.

La necesidad de abordar la discriminación laboral se hace, además, especialmente acuciante en un contexto de crisis económica y social, donde los procesos de expulsión del mercado de trabajo y de degradación del empleo han afectado de forma particularmente virulenta a los grupos más vulnerables y que acumulan múltiples desventajas.

La complejidad de los procesos sociales de discriminación precisa considerar la multiplicidad de identidades que caracterizan nuestras sociedades cada vez más diversas. La intersección de diferentes ejes de diferencia y desigualdad -como el género, la edad, la clase social, el origen nacional, la raza/etnicidad, la diversidad sexual o la discapacidad- configuran diferentes marcos de oportunidades laborales y dinámicas de discriminación. Los grupos situados en posiciones sociales interseccionales pueden experimentar diferentes y particulares situaciones de discriminación en el terreno laboral que, a menudo, son ignoradas tras el uso de categorías unitarias y homogéneas.

La multidimensionalidad del fenómeno de la discriminación evidencia las limitaciones de las herramientas convencionales para su lucha al

¹ Las encuestas disponibles en España señalan que, con diferencia, el espacio laboral es donde se declaran mayores experiencias y sentimientos de discriminación. Véase ALTER, *Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la encuesta CIS 3000. Percepción de la discriminación en España*, 2014, pp. 131-141; y Cea D'Ancona, M.A. y Valles, M., *Evolución de la discriminación en España: Informe de las Encuestas IMIO-CIS de 2013 y 2016*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO), 2018, pp. 79 y ss.

² ILO, *Equality at Work: The Continuing Challenge*, Geneva, International Labour Office, 2011, pp. 16-17.

focalizarse tradicionalmente en un único criterio, a menudo considerado de forma aislada e inconexa respecto a otras dinámicas discriminatorias. Así, la Organización Internacional del Trabajo reconoció en su informe de 2003 *La hora de la igualdad en el trabajo* la necesidad de abordar de forma compleja el problema de la discriminación en el empleo para atender a las formas de discriminación que afectan a los grupos más desfavorecidos³. Además, la perspectiva de la discriminación múltiple permite incorporar una mirada dinámica acerca de las cambiantes condiciones de la discriminación laboral a lo largo del ciclo vital y sus efectos en otros ámbitos, como en el de la protección social⁴.

Esta necesidad de avanzar hacia una visión multidimensional en el tratamiento de la discriminación es también reconocida por la Unión Europea en su *Estrategia marco para la no discriminación y la igualdad de oportunidades para todos*⁵. Por su parte, la declaración firmada por la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) y la Plataforma Social, *Fight Discrimination and Guarantee Equality for All*, también defiende el enfoque de la discriminación múltiple para incrementar la eficacia de las políticas de lucha contra la discriminación⁶.

Sin embargo, y pese a esta creciente preocupación por la discriminación múltiple, la incorporación de esta perspectiva en las políticas y prácticas sociolaborales continúa siendo insuficiente, siendo prevalentes los planteamientos unitarios, separados y centrados en un único o principal motivo de discriminación⁷. Esta situación deriva de la falta de marco legal y normativo específico, pero también de las limitaciones mostradas por los sindicatos y otros actores de las relaciones laborales para la introducción de las cuestiones relativas a las discriminaciones múltiples en sus estructuras, acciones y estrategias⁸.

³ ILO, *La hora de la igualdad en el trabajo*, Geneva, International Labour Office, 2003, pp. 40-41.

⁴ A este respecto, la jurisprudencia europea ha tratado como casos de discriminación múltiple e interseccional las demandas interpuestas por mujeres mayores en relación a las desigualdades de trato recibidas en el acceso a las pensiones de jubilación, como consecuencia de las discriminaciones acumuladas en su período laboral. En Fredman, S., *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, Brussels, European Commission, 2016, pp. 71-73.

⁵ Parlamento Europeo, *Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos*, 2006, p. 9.

⁶ ETUC, *Fight Discrimination and Guarantee Equality for All*, Joint declaration to the EU and Member States, 2009, p. 4.

⁷ Sheppard, C., "Multiple Discrimination in the World of Work", Geneva, International Labour Organization, Working Paper n. 66, 2011, pp.1-3.

⁸ Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *Workplace Equality in Europe. The Role of Trade Unions*, Farnham, Surrey, Ashgate, 2015, pp. 99-100.

Con el objeto de identificar buenas prácticas que puedan servir como referente en el cambio de enfoque hacia visiones más complejas y multidimensionales, se presenta en este artículo una revisión de políticas e iniciativas desarrolladas en el marco de la Unión Europea para la prevención y lucha contra las discriminaciones múltiples en el empleo.

Para ello, se ha llevado a cabo una búsqueda y revisión bibliográfica⁹ a partir de la consulta de fuentes académicas, institucionales y de organizaciones no gubernamentales (ONGs). Por una parte, se consultaron fuentes bibliográficas académicas¹⁰ para localizar estudios, investigaciones y evaluaciones sobre esta cuestión. Por otra parte, se exploraron sitios web y bases de datos de instituciones de igualdad y de defensa de derechos sociales y laborales, así como de sindicatos y ONGs centradas en temas de no discriminación. Estas fuentes resultaron de gran utilidad para encontrar acciones de intervención y de transformación social¹¹.

Para la selección de buenas prácticas se emplearon los siguientes criterios: a) Focalización y reconocimiento explícito de la discriminación múltiple o interseccional en el planteamiento de sus acciones; b) Realización en el contexto de la Unión Europea; c) Significación social e innovación para el avance en la igualdad y no discriminación en el empleo.

El examen de las diferentes iniciativas seleccionadas ha permitido identificar los principales puntos clave a tener en cuenta en el diseño y puesta en práctica de políticas y proyectos de intervención sociolaborales frente a las discriminaciones múltiples. Así también, esta revisión revela lagunas y necesidades de intervención que requieren de mayor atención y desarrollo por parte de los actores de las relaciones laborales.

Este trabajo se estructura de la forma siguiente. En la primera parte del artículo, se presenta un planteamiento teórico sobre la conceptualización de la discriminación y de la discriminación múltiple, así como una revisión de los antecedentes empíricos con objeto de situar los principales problemas relativos a la discriminación múltiple en el empleo. En la segunda parte del artículo, se exponen las políticas y prácticas más

⁹ El proceso de búsqueda tuvo ciertas limitaciones por la falta disponibilidad de información sobre algunas de las acciones inicialmente identificadas, que en muchos casos solo estaba accesible en sus idiomas de origen, sin traducción al inglés.

¹⁰ Concretamente, Scopus, Web of Science, Ingenta, Directory of Open Access Journals y EBSCO.

¹¹ Destacan por su interés para este trabajo las bases de datos de Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), la Red Europea de Institutos de Igualdad (EQUINET), la base de Buenas Ideas en Integración del proyecto *Cities of Migration*, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y la Organización Internacional del Trabajo.

relevantes para el abordaje de las discriminaciones múltiples en el empleo. Primero, se señalan las condiciones facilitadoras para incorporar un enfoque múltiple a las políticas e intervenciones contra la discriminación, subrayando la importancia de las condiciones legales e institucionales, y del fomento de la investigación y la cooperación entre actores. A continuación, se describe cuál es la situación de reconocimiento y protección de la discriminación múltiple en la normativa europea y nacional. Después, se presentan diversas iniciativas de intervención sociolaboral respecto a distintos objetivos de actuación: concienciación y formación respecto a la discriminación múltiple, acceso al empleo de los colectivos multidiscriminados, cambios en las prácticas de las organizaciones laborales; y, finalmente, apoyo, asesoramiento y orientación en la respuesta frente a la discriminación. Para terminar, en el apartado de conclusiones, se presentan las principales recomendaciones para incorporar una perspectiva múltiple en el abordaje de la discriminación laboral.

2. La discriminación múltiple en el empleo: Coordenadas teóricas y antecedentes

2.1. El concepto de discriminación

El concepto de discriminación, aunque muy ligado a otros como prejuicio, desigualdad, exclusión social o vulnerabilidad, hace referencia específicamente al trato desigual en función de determinadas características de estatus que se consideran en inferioridad -como el género, la edad, el origen nacional, la edad, la raza/etnia, la orientación o identidad sexual, las creencias religiosas y políticas, o las condiciones socioeconómicas- y que implica la negación o exclusión de derechos básicos (como al acceso a la vivienda, la educación, el empleo, los servicios públicos, la asistencia sanitaria, el acceso a los espacios, o el trato desigual por parte del sistema de control legal y judicial). Puede definirse, entonces, la discriminación como “cualquier tipo de selección social injusta y adversa, causada por acciones, procesos, barreras o filtros establecidos sobre la base de la pertenencia a un grupo o categoría social, que priva a sus miembros de algún derecho socialmente garantizado y del reconocimiento y respeto que merecen como seres humanos”¹².

La definición de la discriminación incorpora elementos normativos sobre

¹² Bericat, E., *Multiple Discrimination: A Social Science Approach*, 2017, p. 4.

qué categorías sociales son consideradas como objeto de trato injusto y qué situaciones son codificadas como discriminatorias. La legislación europea define como “características protegidas” el género, la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la religión y creencias, y el origen racial/étnico o nacional¹³. Desde un punto de vista sociológico, estas categorías pueden ser ampliables a otros motivos de discriminación significativos en el ámbito laboral, como la apariencia física¹⁴ o la maternidad¹⁵.

Otro aspecto considerado en la conceptualización de la discriminación es la distinción entre “trato diferencial” e “impacto desigual”, lo que vendría a equivaler a la distinción establecida en la legislación europea entre “discriminación directa” y “discriminación indirecta”. Por una parte, el “trato diferencial” o “discriminación directa” se produce cuando “una persona es tratada de manera menos favorable respecto a otra persona en situación comparable debido a una característica concreta de esta persona incluida entre los «motivos protegidos»”¹⁶. El reconocimiento de tales situaciones es, con frecuencia, complicado en contextos formalmente igualitarios donde la ciudadanía está protegida por las leyes anti-discriminación¹⁷. En el ámbito laboral, estas dinámicas discriminatorias operan de forma muy sutil en el caso de las “preferencias” o “reticencias” de contratación por parte de los agentes empleadores hacia determinados perfiles¹⁸. Por otra parte, la “discriminación indirecta” supone el análisis de los impactos desiguales que pueden ocurrir cuando todos los individuos son tratados de forma igual de acuerdo a unas reglas y procedimientos diseñados en favor de unos grupos sobre otros¹⁹.

El estudio de la discriminación desde un enfoque social exige considerar los incidentes discriminatorios no como actos meramente individuales

¹³ FRA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxembourg, European Union Agency for Fundamental Rights, 2011, pp. 91 y ss.

¹⁴ Pager, D. y Western, B., “Identifying discrimination at work: The use of field experiments”, *Journal of Social Issues*, vol. 68, n. 2, 2012, pp. 221-237.

¹⁵ Crosby, F.J., Williams, J.C. y Biernat, M., “The maternal wall”, *Journal of Social Issues*, vol. 60, n. 4, 2004, pp. 675-682.

¹⁶ FRA, 2011, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷ Nier, J.A. y Gaertner, S.L., “The challenge of detecting contemporary forms of discrimination”, *Journal of Social Issues*, vol. 68, n. 2, 2012, pp. 207-220.

¹⁸ Pager, D. y Western, B., *op. cit.*

¹⁹ Pager, D. y Shepherd, H., “The sociology of discrimination: Racial discrimination in employment, housing, credit, and consumer markets”, *Annual Review of Sociology*, vol. 34, n. 1, 2008, p. 182. Es el caso de políticas empresariales poco flexibles y sensibles a la conciliación entre vida familiar y laboral que terminan perjudicando a aquellos grupos con más dificultades para conciliar, principalmente, mujeres con responsabilidades de cuidado.

fruto de inclinaciones personales sino como hechos inscritos dentro de un contexto social donde operan factores estructurales -por ejemplo, sexismo, racismo, homofobia, etc.- que configuran las dinámicas discriminatorias. La exclusión sistemática que sufren los miembros de unas categorías sociales no se debe solo a un acto de voluntad individual sino que es consecuencia de un sistema político, económico, social y cultural que incrementa o resta oportunidades a determinados grupos sociales sobre otros²⁰.

La consideración estructural de la discriminación pone en evidencia que los procesos de discriminación, si bien son ejercidos por individuos, están sustentados y promovidos por instituciones. Esta “discriminación institucional” ocurre cuando una organización -una empresa, un centro educativo, una administración pública o la sociedad en su conjunto- genera o reproduce prácticas o procedimientos discriminatorios²¹. Se ha señalado el impacto discriminatorio de las legislaciones de extranjería en la población inmigrante extranjera²², y sus efectos particulares, entre las mujeres²³. También se ha destacado la importancia de las “culturas” de los centros de trabajo en la promoción de procesos de discriminación que pueden contribuir a un ambiente hostil y de acoso contra determinados perfiles de trabajadores y trabajadoras²⁴.

2.2. La discriminación desde un enfoque múltiple

Existe una amplia tradición en la Unión Europea de políticas de lucha contra la discriminación. Sin embargo, éstas se sustentan mayoritariamente en un único o prioritario motivo de discriminación -principalmente, género, edad y raza/etnia- que suele ser tratado de forma separada respecto a otros. Sin embargo, este enfoque unitario adolece de limitaciones para aprehender la complejidad de los procesos de discriminación, con frecuencia sustentados en la interacción de múltiples

²⁰ *Idem.*

²¹ Makkonen, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalised to the Fore*, Institute for Human Rights Research, 2002, p. 4.

²² Cachón, L., “Marco institucional de la discriminación y tipos de inmigrantes en el mercado de trabajo en España”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 69, 1995, pp. 105-124.

²³ Guzmán Ordaz, R., “De la perspectiva de género al paradigma interseccional. Aportaciones para el análisis de las migraciones feminizadas”, en Vázquez Bermúdez, I. (coord.), *Investigación y género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, 2011, pp. 865-877.

²⁴ Hudson, M., *The Experience of Discrimination on Multiple Grounds*, 2014, p. 3.

factores sociales. Así lo señaló Kimberle Crenshaw (1989) al subrayar las específicas y complejas condiciones de discriminación que enfrentan las mujeres negras como consecuencia de la intersección de las discriminaciones por razón de género y raza. Destaca esta autora que la consideración de los distintos ejes de desigualdad de forma aislada e inconexa también contribuiría a excluir del foco de atención a los miembros más desfavorecidos de los grupos discriminados, como ocurre con las mujeres negras que quedan invisibilizadas tanto en las políticas anti-raciales como en las políticas de igualdad de género²⁵.

La literatura precedente también indica que las experiencias de discriminación múltiple pueden articularse de distinta forma: de forma aditiva, compuesta o interseccional. Siguiendo a Timo Makkonen (2002), una persona puede sufrir discriminación en base a diferentes motivos que operan de forma separada en función del contexto, de manera que distintas experiencias de discriminación se van acumulando en distintas situaciones²⁶. Es lo que este autor denomina “discriminación múltiple” y haría referencia a una relación aditiva -no interactiva- de diferentes procesos de discriminación. Por otro lado, se puede sufrir discriminación en un contexto concreto en base a un motivo principal, pero que se ve agravado por otros motivos²⁷. Se trataría entonces de la “discriminación compuesta”. Y, en tercer lugar, diferentes motivos de discriminación pueden interactuar simultáneamente dando lugar a experiencias específicas de discriminación²⁸, y que son diferentes a la mera adición de discriminaciones. Es lo que se denomina “discriminación interseccional”²⁹. No obstante, la especificación del carácter aditivo o interseccional de los

²⁵ Crenshaw, K., “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1, 1989, pp. 139-169.

²⁶ Makkonen, T., *op. cit.*, pp. 9-16. Por ejemplo, una mujer con discapacidad puede sufrir discriminación de género en el contexto laboral al ser tratada de forma desigual en el acceso a puestos de promoción; y en otras situaciones sufrir discriminación en base a su discapacidad motivada por la existencia de barreras físicas arquitectónicas.

²⁷ Sería el caso de situaciones de discriminaciones sexistas que se ven agravadas por discriminaciones edadistas, por ejemplo, en los procesos de selección de personal.

²⁸ Como se ha señalado en el caso de las mujeres gitanas, “la discriminación específica que enfrentan las mujeres gitanas es particular y diferente a la discriminación que suelen enfrentar los hombres gitanos y las mujeres no gitanas y coloca a las mujeres gitanas en una situación de vulnerabilidad”. En Sordo, T., *Guía sobre discriminación interseccional. El caso de las mujeres gitanas*, Fundación Secretariado Gitano, 2018, p. 26. En la citada guía se exponen diversos casos de discriminación interseccional como el de La Nena a la que se negó una pensión de viudedad al no haber contraído matrimonio legal fuera del rito gitano.

²⁹ Makkonen, T., *op. cit.*, pp. 9-16.

factores de discriminación es complejo y difícilmente separable en la práctica. Por ello, para llevar a cabo esta revisión, entenderemos el concepto de discriminación múltiple de forma amplia para incluir a todas aquellas situaciones de discriminación en base a más de un motivo o categoría social de discriminación y que afectan a grupos situados en posiciones interseccionales vulnerables.

Otro aspecto subyacente al entendimiento de la discriminación desde una perspectiva múltiple hace referencia a la interconexión entre diferentes ámbitos sociales donde operan y se refuerzan las dinámicas discriminatorias, de forma que la discriminación laboral no puede aislarse de otros escenarios de discriminación como la educación, la vivienda, el acceso a la sanidad, la familia o el sistema legal-judicial³⁰. Esta consideración sistémica de la discriminación múltiple ayuda a una mejor comprensión de los procesos de discriminación y cómo pueden verse acumulados a lo largo de las biografías de las personas³¹.

2.3. Discriminación múltiple en el empleo: Principales problemas

Atender a la problemática de la discriminación múltiple en el empleo requiere reenfocar la mirada hacia las intersecciones entre diferentes ejes de desigualdad e indagar en las situaciones de los grupos más vulnerables que enfrentan problemas de exclusión y precariedad laboral. Esta mirada obliga a cuestionar las definiciones convencionales de trabajo ligadas a la “norma social” del empleo para incluir otros “trabajos” ubicados en mercados laborales informales, marginales e ilegales, como, por ejemplo, la prostitución³² o las situaciones de trata y explotación con fines laborales o sexuales³³.

A partir de la revisión de la literatura y del marco legislativo europeo, podemos establecer tres tipos principales de situaciones de discriminación laboral que servirán como marco de referencia para localizar y examinar

³⁰ Reskin, B., “The race discrimination system”, *Annual Review of Sociology*, vol. 38, n. 1, 2012, pp. 17-35.

³¹ Cea D’Acona, M.A. y Valles, M. (eds.), *Discriminación múltiple. Materiales teóricos, metodológicos y empíricos*, Madrid, Dextra, 2017, pp. 102 y ss.

³² Rodríguez, P., “Un análisis interseccional sobre malos tratos y violencia laboral en mujeres que ejercen la prostitución”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 151, 2015, pp. 123-138.

³³ Guzmán Ordaz, R. y Jiménez Rodrigo, M.L., “La interseccionalidad como instrumento analítico de interpelación en la violencia de género”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 5, n. 2, 2015, pp. 506-612.

las políticas y prácticas para el abordaje de las discriminaciones múltiples: 1) Acceso al empleo y segmentación del mercado de trabajo; 2) Condiciones de empleo; y 3) Respuestas frente a la discriminación.

2.3.1. Acceso y segmentación del mercado laboral

La exclusión del mercado de trabajo es el principal efecto de la discriminación laboral. Según la Encuesta de Discriminación de Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), las personas desempleadas están particularmente expuestas a sufrir discriminación en base a dos o más motivos³⁴. De hecho, los grupos que enfrentan discriminación múltiple presentan una elevada tasa de desempleo e inactividad³⁵, como es el caso de mujeres y jóvenes romá³⁶, mujeres mayores y jóvenes³⁷, así como las mujeres con discapacidad³⁸.

Los prejuicios de los agentes empleadores a la hora de contratar a determinados perfiles se han señalado como una de las barreras discriminadoras más importantes. Los experimentos realizados en este campo han evidenciado sesgos de contratación en base a la raza/etnia, el género, la religión y el origen nacional³⁹. Desde el punto de vista de la discriminación múltiple, los estudios son más limitados, pero han constatado la existencia de sesgos interseccionales en relación al género y la religión en perjuicio de la contratación de mujeres musulmanas, y concretamente, en relación al uso del velo⁴⁰.

Otras barreras se refieren a las “discriminaciones prelaborales”⁴¹ y que atañen fundamentalmente a las exclusiones respecto a la formación requerida para optar a determinados puestos. Estas barreras se incluirían

³⁴ FRA, *EU-MIDIS Data in Focus Report 5: Multiple Discrimination*, Luxembourg, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 13.

³⁵ ILO, 2011, *op. cit.*, pp. 16-17.

³⁶ FRA, 2016, *op. cit.*, pp. 17-20.

³⁷ Carles, I., “Gender equality among young and older workers: The role of social dialogue”, en Jubany, O. y Perocco, F. (eds.), *Vulnerable Workers in Times of Social Transformations Discrimination and Participation of Young and Older Workers, and Social Dialogue Stances*, 2015, pp. 85-106.

³⁸ Lodovici, M. y Orlando, N., *Discrimination and Access to Employment for Female Workers with Disabilities*, 2017.

³⁹ Bassanini, A. y Saint-Martin, A., *The Price of Prejudice: Labour Market Discrimination on the Grounds of Gender and Ethnicity*, 2008; Pager, D. y Western, B., *op. cit.*

⁴⁰ Seta, D., *Forgotten Women: The impact of Islamophobia on Muslim women*, Brussels, European Network against Racism (ENAR), 2016, pp. 17-19.

⁴¹ Cea D’Acona, M.A. y Valles, M., 2017, *op. cit.*, pp. 108-109.

en lo que la jurisprudencia europea ha definido como “factores de influencia que una persona debe tener en cuenta antes de adoptar la decisión de aceptar o no una oferta de trabajo”, en alusión a las barreras formativas o administrativas para acceder a un empleo⁴². Son barreras previas a la discriminación laboral y estarían en relación con la acumulación de desventaja que experimentan determinados perfiles, como, por ejemplo, jóvenes de minorías étnicas que no logran adquirir las competencias requeridas por los agentes empleadores⁴³.

Los procesos discriminatorios no solo filtran el acceso al empleo sino que también determinan la distribución de posiciones laborales en diferentes segmentos del mercado de trabajo en función de la intersección de distintas categorías sociales como el origen nacional, la clase social, la edad o el género. Los grupos que experimentan discriminación múltiple no solo muestran mayores niveles de desempleo sino que también están desproporcionadamente concentrados en empleos precarios y de baja remuneración⁴⁴. Es el caso de mujeres inmigrantes de clase baja -y específicamente de determinadas nacionalidades y edades- en el cuidado doméstico⁴⁵ o que desempeñan su actividad en el mercado de la prostitución⁴⁶.

2.3.2. Discriminaciones en las condiciones laborales

En cuanto a las discriminaciones relativas a las condiciones de empleo, la normativa europea protege especialmente el trato desigual respecto al salario, despido y acoso -incluido el sexual- así como las discriminaciones derivadas de la participación sindical⁴⁷.

El enfoque de la discriminación múltiple permite identificar cómo la intersección de distintas categorías sociales da lugar a situaciones de discriminación específicas en las experiencias y condiciones laborales de distintos grupos sociales. Así, las trabajadoras jóvenes han de enfrentarse a los prejuicios y rechazos por parte de los agentes empleadores en relación

⁴² FRA, 2011, *op. cit.*, p. 67.

⁴³ FRA, 2016, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁴⁴ ILO, 2011, *op. cit.*, pp. 16-18.

⁴⁵ Browne, I. y Misra, J., “The intersection of gender and race in the labor market”, *Annual Review of Sociology*, vol. 29, n. 1, 2003, pp. 487-513; ILO, 2007, *op. cit.*, pp. 502 y ss.; Nogueira Domínguez, J. y Zalakain Hernández, J., *La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadoras en servicios domésticos y de cuidado en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, Emakunde, 2015.

⁴⁶ Rodríguez, P., *op. cit.*

⁴⁷ FRA, 2011, *op. cit.*, p. 71.

al embarazo y los permisos de maternidad. Como consecuencia de este “muro maternal”⁴⁸, muchas de ellas se ven obligadas a decidir abandonar su puesto de trabajo, reducir su jornada o renunciar a oportunidades de promoción laboral. Este problema se acrecienta en el caso de mujeres de estatus socioeconómico bajo y de origen inmigrante-extranjero⁴⁹. La interacción del género con la edad también da lugar a formas específicas de discriminación contra las mujeres mayores, que sufren en mayor medida prejuicios y cuestionamientos “edadistas”⁵⁰.

Una forma de discriminación en la que los grupos multidiscriminados presentan especial vulnerabilidad es el acoso y la violencia⁵¹. Las trabajadoras de origen inmigrante extranjero y de minorías étnicas así como personas con orientaciones o identidades sexuales diferentes a la heteronormativa están especialmente expuestas a situaciones de acoso y violencia en los espacios de trabajo⁵². El acoso está profundamente incrustado en las jerarquías de clase, género, raza/etnia que estructuran las relaciones laborales, especialmente en aquellos sectores más precarios e informales, como el del cuidado doméstico, donde las trabajadoras son especialmente frágiles frente a situaciones de explotación y humillación por parte de sus empleadores y empleadoras⁵³.

2.3.3. Respuestas frente a la discriminación

El análisis de la discriminación múltiple como relación social implica considerar cómo los grupos discriminados reconocen, enfrentan y responden a estas situaciones de trato desigual. En términos generales, se registra un problema de baja comunicación formal y de denuncia de los

⁴⁸ Crosby, F.J., Williams, J.C. y Biernat, M., *op. cit.*

⁴⁹ Carles, I., *op. cit.*, pp. 85-103.

⁵⁰ Duncan, C. y Loretto, W., “Never the right age? Gender and age based discrimination in employment”, *Gender, Work and Organisation*, vol. 11, n. 1, 2004, pp. 95-114.

⁵¹ Conforme a las directivas europeas contra la discriminación, el acoso constituye un tipo concreto de discriminación, definiéndose como “un comportamiento no deseado relacionado con un motivo protegido; que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona; y/o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. La directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres incluye el acoso sexual, cuando ese comportamiento no deseado “verbal, no verbal o físico” es de naturaleza “sexual”. Véase FRA, 2011, *op. cit.*, p. 32.

⁵² Pillinger, J., *Safe At Home? Trade Union Strategies to Prevent, Manage and Eliminate Workplace Harassment and Violence against Women*, Confederation Syndicat European Trade Union, 2017, pp. 11-12.

⁵³ Browne, I. y Misra, J., *op. cit.*, p. 505.

incidentes discriminatorios; problema que se acentúa en el caso de la discriminación múltiple a causa de las limitaciones de los marcos normativos y de los mecanismos institucionalizados para la presentación de demandas⁵⁴. La inferior tasa de denuncia tiene que ver también con la falta de conocimiento y concienciación sobre los derechos laborales, y también con la escasez de recursos informativos, legales y jurídicos para iniciar vías formales de denuncia. Según el estudio de Maria Hudson (2014) sobre discriminación múltiple en los procesos de selección de personal, la mayoría de los trabajadores y trabajadoras que habían experimentado discriminación prefería vías informales de resolución del conflicto antes que iniciar procesos reglados de denuncia⁵⁵. La infradenuncia también está motivada por el miedo a recibir represalias por parte de los agentes empleadores, la falta de confianza en las instituciones, las dificultades para probar las situaciones de discriminación, y la minimización o naturalización del trato discriminatorio, como han señalado diversos estudios sobre discriminación múltiple entre mujeres musulmanas⁵⁶.

3. Políticas y buenas prácticas para el abordaje de las discriminaciones múltiples en el empleo

La revisión realizada ha permitido identificar diversas políticas y buenas prácticas enfocadas a la lucha contra las discriminaciones múltiples en el empleo. Estas iniciativas están promovidas e implementadas por distintos actores de las relaciones laborales y se orientan a diferentes objetivos.

Por una parte, los gobiernos de distintos países están impulsando avances normativos para procurar la protección de situaciones de discriminación múltiple. Así también, los organismos de igualdad y no discriminación, y en colaboración con otros agentes, están llevando a cabo actividades con diferente alcance⁵⁷, relacionadas con la investigación y recogida de datos, consulta y consejo legal, intervención, asesoramiento y orientación legal, principalmente.

Por otra parte, cabe destacar la labor de los sindicatos para la transformación de las prácticas y estructuras laborales así como la

⁵⁴ Crowley, N., *Innovating at the Intersections: Equality Bodies Tackling Intersectional Discrimination*, Brussels, Equinet, 2016, p. 32.

⁵⁵ Hudson, M., *op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁵⁶ Dessi, G., *Forgotten Women: The Impact of Islamophobia on Muslim Women in Italy*, Brussels, ENAR, 2016.

⁵⁷ Crowley, N., *op. cit.*

implicación de algunas organizaciones empresariales en la puesta en marcha de proyectos de inserción sociolaboral para colectivos multidiscriminados. Igualmente, son muy significativas las iniciativas llevadas a cabo por las organizaciones de la sociedad civil, especialmente, en lo que se refiere al empoderamiento y apoyo a los grupos que acumulan múltiples desventajas.

3.1. Condiciones facilitadoras

Esta revisión también pone de manifiesto que para la puesta en marcha de estas iniciativas es importante contar con ciertas condiciones facilitadoras. En primer lugar, es fundamental la presencia de un marco normativo que reconozca y proteja explícitamente de las situaciones de discriminación múltiple para posibilitar el estímulo y promoción de iniciativas enfocadas hacia este problema. Sin embargo, la rigidez de la lista de “características protegidas” en el marco normativo europeo y el desarrollo de legislaciones separadas dificulta el tratamiento legislativo de las experiencias interseccionales⁵⁸.

En segundo lugar, la configuración de una estructura institucional efectiva y coordinada de lucha contra diversas formas de discriminación es otra condición previa esencial para la incorporación de las discriminaciones múltiples en la agenda política y social. Los organismos de igualdad desempeñan un papel decisivo en el registro, denuncia y protección de las situaciones de discriminación así como en la puesta en marcha proyectos de investigación e intervención sobre colectivos y sectores laborales especialmente afectados por la discriminación, siendo su papel aún más decisivo en la protección frente a las discriminaciones múltiples⁵⁹. Sin embargo, lo más común en los países europeos es la presencia de instituciones de igualdad y no discriminación centradas en una sola o principal “característica protegida”. Este planteamiento unitario y separado plantea limitaciones en el tratamiento de las discriminaciones múltiples e interseccionales al suscitar procesos de “competición entre desigualdades” en el acceso de los recursos⁶⁰, cuando no de hegemonía de unos ejes de desigualdad frente a otros. No obstante, en algunos países europeos se están dando sustanciales pasos para la unificación institucional en la lucha contra las discriminaciones con el objeto de cubrir

⁵⁸ Fredman, S., *op. cit.*, p. 30.

⁵⁹ Crowley, N., *op. cit.*

⁶⁰ Verloo, M., “Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union. European”, *Journal of Women’s Studies*, vol. 13, n. 3, 2006, p. 215.

múltiples motivos de desigualdad⁶¹, y también para reforzar la aplicación de la legislación anti-discriminación, mediante la coordinación y la integración de organismos de igualdad e instituciones judiciales⁶².

La tercera condición fundamental se refiere al desarrollo de un mayor y mejor conocimiento sobre las discriminaciones múltiples. Esto requiere el desarrollo de herramientas de medición más eficaces sobre la extensión y perfiles de la discriminación múltiple⁶³ así como de investigaciones cualitativas que permitan indagar en las experiencias particulares de los grupos multidiscriminados. El uso de técnicas cualitativas permite el acceso a las experiencias poco visibles, como es el caso de mujeres inmigrantes dedicadas al trabajo doméstico⁶⁴ o a la prostitución⁶⁵. También permite conocer las diferentes manifestaciones de las discriminaciones múltiples en el acceso al empleo, en las condiciones laborales así como las respuestas frente a los sucesos discriminatorios⁶⁶.

La cuarta condición esencial para la puesta en marcha de políticas, proyectos y prácticas de lucha contra las discriminaciones múltiples es la colaboración entre agentes sociales y, especialmente, la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las políticas, ya que esta participación permite mejorar su efectividad y calidad, al incorporar las visiones de los grupos multidiscriminados y facilitar, además, su empoderamiento⁶⁷.

⁶¹ Es el caso de la *Commission for Protection against Discrimination* en Bulgaria que cubre diversos motivos de discriminación: género, identidad de género, origen étnico y racial, edad, discapacidad, orientación sexual, y religión y creencias. Véase Krizsan, A., “Institutionalizing Intersectionality: A Theoretical Framework”, en Krizsan, A., Skjeie, H., Squires, J. (eds.), *Institutionalizing Intersectionality. The Changing Nature of European Equality Regimes*, Palgrave MacMillan UK, 2012.

⁶² Ejemplos de esta colaboración entre organismos de igualdad e instituciones judiciales los encontramos en Gran Bretaña, con la *Equality and Human Right Commission*, y en Noruega y Dinamarca, con los *Equality and Discrimination Ombud* y *Equality Tribunal*. En Kantola, J., “The paradoxical gendered consequences of the EU policy on multiple discrimination: The Nordic case”, *European Integration online Papers*, vol. 1, n. 18, 2014, pp. 1-19.

⁶³ Destaca la puesta en marcha de distintas encuestas europeas específicamente enfocadas a la medición de la discriminación múltiple como, por ejemplo, el estudio *Multiple Discrimination and Young People in Europe* elaborado por el Forum European Youth (2014), y las encuestas de la Agencia Europea de Derechos Humanos (FRA) *European Union Minorities - and Discrimination Survey* (EU-MIDI), <http://fra.europa.eu/en/project/2011/eu-midis-european-union-minorities-and-discrimination-survey>.

⁶⁴ Nogueira Domínguez, J. y Zalakain Hernández, *op. cit.*

⁶⁵ Rodríguez, P., *op. cit.*

⁶⁶ Hudson, M., *op. cit.*; Seta, *op. cit.*

⁶⁷ Lombardo, E. y Bustelo, M., “Political approaches to inequalities in Southern Europe:

3.2. Reconocimiento legal y protección normativa

La Unión Europea, pese a que reconoce la importancia de la discriminación múltiple tanto en la Directiva de Igualdad en el Empleo como en la Directiva de la Igualdad Racial, no aborda específicamente esta cuestión en su legislación, regulando de forma aislada las diferentes “características protegidas”⁶⁸. No obstante, la legislación europea proporciona mediante su interpretación la posibilidad de abordar la discriminación múltiple, como se observa en la Directiva sobre Igualdad en el Empleo que contempla la interacción entre género y raza, religión y otros derechos, y también entre género y edad⁶⁹.

Por otro lado, algunos países miembros han desarrollado provisiones legales explícitas en relación a la discriminación múltiple empleando diversas estrategias. De forma más frecuente, se reconoce en las legislaciones sobre igualdad y anti-discriminación la discriminación múltiple como agravante, como en la Ley croata de Anti-discriminación o en la Ley de Protección contra la Discriminación de Eslovenia⁷⁰. También es habitual incluir la mención de la discriminación múltiple en el diseño de medidas e indicadores, como ocurre en la Ley española para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres (2007). Por otra parte, hay que subrayar los esfuerzos de homogenización y unificación de las legislaciones anti-discriminación para cubrir diferentes motivos, como se observa en la Ley sueca Anti-discriminación que fusiona en una sola ley la protección de siete características (sexo, expresión o identidad transgénero -nueva característica protegida en relación a lo establecido en las directivas europeas-, origen étnico, religión u otras creencias, discapacidad, orientación sexual y edad)⁷¹. Por último, algunas legislaciones nacionales, como la Ley de Igualdad en Reino Unido de 2010, han avanzado hacia planteamientos interseccionales, que reconocen a priori la posibilidad de la

A comparative analysis of Italy, Portugal, and Spain”, *Social Politics*, vol. 19, n. 4, 2012, pp. 572-595; Strid, S., Walby, S. y Armstrong, J., “Intersectionality and multiple inequalities: Visibility in British policy on violence against women”, *Social Politics*, vol. 20, n. 4, 2013, pp. 558-581.

⁶⁸ Chopin, I. y Germaine, C., *A Comparative Analysis of Non-discrimination Law in Europe*, Luxembourg, European Commission, 2016, pp. 41-42.

⁶⁹ European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, Policies and Laws*, Luxembourg, European Commission, 2007, pp. 19-20.

⁷⁰ Chopin, I. y Germaine, C., *op. cit.*, p. 42; Fredman, S. *op. cit.*, pp. 51-52.

⁷¹ Kantola, J., *op. cit.*, p. 11.

intersección entre dos o más “categorías protegidas”⁷².

Si bien se ha producido un significativo -aunque desigual- avance en las legislaciones generales anti-discriminación de los países miembros, no puede concluirse lo mismo respecto a la legislación laboral, puesto que el desarrollo de protección normativa específica frente a las discriminaciones múltiples en el empleo y en las relaciones laborales es bastante más limitado. No obstante, contamos con un importante antecedente en la Ley griega de 2016 de Reforma sobre Inspección Laboral de 2011, la cual reconoce en su artículo 2.1 que “la inspección laboral supervisa la implementación del principio de igualdad de trato respecto a origen racial o étnico, religión y otras creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, teniendo en cuenta las circunstancias de múltiple discriminación”⁷³.

3.3. Intervención sociolaboral para luchar contra las discriminaciones múltiples

Aunque el desarrollo de un marco normativo específico para la protección de las discriminaciones múltiples es una condición ineludible para promover y encuadrar legalmente su tratamiento, cabe subrayar que la legislación por sí sola no es suficiente para combatir este problema, siendo necesaria la acción decidida y conjunta de los actores de las relaciones laborales⁷⁴. Por ello, en este epígrafe se exponen diversas iniciativas, impulsadas por administraciones, sindicatos, organizaciones empresariales y ONGs, específicamente orientadas a la intervención sociolaboral contra las discriminaciones múltiples. Estas iniciativas pueden clasificarse en cuatro tipos en función de sus objetivos: 1) Concienciación y formación de los actores de las relaciones laborales; 2) Acceso al empleo de colectivos multidiscriminados; 3) Transformación de las prácticas y políticas de los centros de trabajo; y 4) Apoyo y recursos a los grupos que enfrentan discriminación múltiple.

3.3.1. Concienciación y formación de los actores de las relaciones laborales

Uno de los grandes problemas para el abordaje de la discriminación

⁷² Squires, J., “Intersecting inequalities”, *International Feminist Journal of Politics*, vol. 11, n. 4, 2009, pp. 496-512.

⁷³ Chopin, I. y Germaine, C., *op. cit.*, pp. 41-42.

⁷⁴ Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *op. cit.*, pp. 37 y ss.

múltiple en el ámbito del empleo es la falta de concienciación, conocimiento y formación por parte de los actores de las relaciones laborales sobre esta cuestión. Se observa una fuerte tendencia a combatir las diferentes características de discriminación de forma aislada, no solo por parte de los gobiernos y administraciones sino también por parte de los sindicatos⁷⁵. Así, también la persistencia de sesgos discriminatorios e insensibles a la diversidad por parte de las organizaciones laborales hace que las prácticas de intervención dirigidas a los representantes sindicales y los agentes empleadores sean especialmente necesarias. A continuación, señalamos algunos ejemplos.

En primer lugar, podemos citar el proyecto *Equally Diverse*⁷⁶, promovido por el *Ombudsman* de Croacia y dirigido a los actores clave de las relaciones laborales a nivel regional y local (sindicatos, asociaciones empresariales y cámaras de comercio, organizaciones no gubernamentales, y autoridades políticas y administrativas). Este proyecto pretende fortalecer las capacidades de estos actores en la lucha contra la discriminación -incluyendo sus formas múltiples-, elevando la concienciación sobre la diversidad en el empleo y promoviendo buenas prácticas. Para ello, se han construido herramientas prácticas de formación, orientación y apoyo contra la discriminación laboral.

Otra interesante iniciativa es la campaña finlandesa *YES–Equality Is Priority*⁷⁷ (2007-2013), encaminada hacia la implantación de nuevas formas de acción positiva contra la discriminación en base a la etnicidad y otros motivos de discriminación en el área del empleo y el emprendimiento. Entre sus actividades, destacan los cursos de formación dirigidos al personal de servicios de orientación laboral y empresarial, representantes sindicales, y responsables formativos en materia de empleo. Destaca la preparación de una guía para sindicatos y otros materiales para empresas conducentes a la sensibilización respecto a la diversidad y sobre las distintas formas de discriminación.

En el contexto español, cabe señalar la elaboración por parte de la Junta de Andalucía -dentro del *I Plan de Acción Integral Para Mujeres con Discapacidad en Andalucía 2008-2013*- de una guía dirigida a sindicatos con recomendaciones y ejemplos de buenas prácticas para la incorporación de cuestiones relativas a la discriminación múltiple que enfrentan las mujeres

⁷⁵ European Commission, 2010, *op. cit.*, pp. 43-44; Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *op. cit.*, p. 98.

⁷⁶ Sitio web del *Ombudsman* de Croacia: <http://ombudsman.hr/en/all-news/news-article/116-home/projects/213-project-equally-diverse>.

⁷⁷ Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: www.ohchr.org/Documents/Issues/IEMinorities/.../Finland.pdf.

con discapacidad en la negociación colectiva⁷⁸.

Por parte de los sindicatos, también se observa un incremento de actividades formativas y de sensibilización respecto a las discriminaciones múltiples. En Holanda, se ha desarrollado una campaña impulsada por los sindicatos denominada *Proud Your Name* para concienciar sobre las discriminaciones que experimenta la juventud de minorías étnicas en los procesos de selección⁷⁹. Así también destaca la guía de elaborada por la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) para establecer estrategias por parte de los sindicatos para prevenir, atender y eliminar el acoso y la violencia contras las mujeres en los centros de trabajo. En dicha guía se recoge la necesidad de atender a situaciones de discriminación múltiple que pueden sufrir mujeres de origen inmigrante extranjero y de minorías étnicas, perfil especialmente vulnerable al ubicarse en espacios laborales precarios e inseguros y al encontrarse también más desprotegidas por la legislación anti-discriminación⁸⁰.

3.3.2. Acceso al empleo de colectivos multidiscriminados

Un amplio conjunto de medidas de intervención sociolaboral está enfocado a combatir el principal efecto de la discriminación laboral que es la expulsión del mercado de trabajo. Las acciones identificadas para facilitar el acceso al empleo de grupos que experimentan discriminación múltiple pueden clasificarse en las siguientes: 1) Formación y orientación sociolaboral dirigida a grupos multidiscriminados; 2) Creación de redes de mentorización; 3) Intermediación entre agentes empleadores y grupos multidiscriminados.

Formación y orientación laboral

Para paliar las barreras educativas que pueden dificultar el acceso al empleo de los grupos que enfrentan discriminaciones múltiples, se han diseñado diversos programas formativos. En Dinamarca, se ha puesto en marcha un programa de formación dirigido a jóvenes de minorías étnicas e impulsado por los sindicatos TIB (*Forbundet Tra-Industri-Byg Danmark*) y

⁷⁸ Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, *Igualdad de oportunidades de las mujeres con discapacidad: El papel de los sindicatos*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2013.

⁷⁹ Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ Pillinger, J., *op. cit.*, pp. 11-12.

Timber and Construction Workers' Union, y en colaboración con organizaciones empresariales. Este programa busca que jóvenes con desventaja múltiple adquirieran competencias laborales relevantes para trabajar en la industria y se acompañe de prácticas de formación en las empresas participantes. Los sindicatos se ocupaban de difundir este programa entre las escuelas y entidades locales así como de captar nuevas empresas colaboradoras⁸¹.

Otras acciones identificadas se centran en la orientación laboral y en el acompañamiento en el proceso de búsqueda de empleo de colectivos que acumulan múltiples desventajas. Es el caso del proyecto español *SARA*, desarrollado por el Instituto de la Mujer y cofinanciado por el Fondo Social Europeo, que pretende -mediante itinerarios personalizados de inserción a partir de una perspectiva de género e intercultural- fomentar la integración social y laboral de mujeres inmigrantes. Igualmente, el Instituto de la Mujer implementa otros proyectos -el proyecto *CLARA* y otros proyectos en convenio con ONGs- de inserción sociolaboral sensibles a las discriminaciones múltiples que experimentan mujeres de colectivos vulnerables por su situación de discapacidad, pobreza, violencia, condición inmigrante-extranjera, pertenencia a minorías étnicas y edad⁸². En todos estos proyectos, la colaboración con ONGs y asociaciones empresariales es fundamental para su implementación.

Redes de mentorización

Con las redes de mentorización se pretende hacer frente a otro importante factor de discriminación de acceso al mercado laboral como es el aislamiento social y la falta de redes sociales y laborales que sufren los grupos que acumulan múltiples desventajas. Señalamos aquí dos ejemplos de buenas prácticas. El primero es el programa de Red de Mentorías implementado por el *Danish Center for Research and Information on Gender, Equality and Diversity*⁸³ (KVINFO). Este proyecto pone en contacto a mujeres de minorías étnicas y refugiadas con otras mujeres con un papel activo en la sociedad danesa y que actúan con mentoras. Cada mentora reúne en torno a sí una red social y laboral por la que se distribuyen ofertas y contactos laborales. Este proyecto, basado en la amplificación del capital social y en el empoderamiento social, ha experimentado una

⁸¹ European Commission, *Trade Union Practices on Anti-discrimination and Diversity*, Luxembourg, European Commission, 2010, p. 41.

⁸² Sitio web del Instituto de la Mujer: <http://www.inmujer.gob.es/areas/Tematicas/multiDiscriminacion/home.htm>.

⁸³ Sitio web de KVINFO: <http://www.kvinfo.dk/side/674/article/97/>.

exitosa difusión a otros países, convirtiéndose en toda una referencia internacional⁸⁴.

El segundo ejemplo de mentorización se ha implementado en Suiza y está dirigido también a mujeres inmigrantes, pero con un perfil laboral cualificado. Este proyecto, impulsado por la organización feminista CFD (*The Feminist Peace Organization*), intenta mejorar el acceso de profesionales inmigrantes cualificadas a través de la articulación de redes sociolaborales en torno a mentoras ubicadas en las mismas ramas de actividad⁸⁵. Este proyecto es especialmente relevante, pues está dirigido a combatir el problema de la segmentación del mercado laboral que dificulta que las mujeres con múltiples vulnerabilidades puedan acceder a puestos acordes a su formación y capacitación.

Intermediación entre agentes empleadores y sujetos que enfrentan discriminación múltiple

Un tercer tipo de iniciativas se relaciona con la intermediación entre los grupos que enfrentan discriminaciones múltiples y los agentes empleadores. Destacamos aquí dos experiencias por su carácter innovador e impacto social. La primera se refiere al proyecto *Move On Up*, organizado por el principal sindicato de medios de comunicación en el Reino Unido, BECTU⁸⁶. Esta iniciativa trata de poner en contacto directo, mediante la organización de grandes eventos, a jóvenes de minorías étnicas que buscan empleo en el ámbito de la comunicación con las empresas del sector. El programa ha sido evaluado como un éxito al registrarse que más de un 60% de las personas participantes logró obtener un empleo en este sector⁸⁷.

Otra innovadora experiencia se refiere a la creación de empresas de recursos humanos especializadas en la gestión de la diversidad y la promoción de la igualdad de oportunidades. La agencia francesa de contratación y recursos humanos *Mozaik RH*⁸⁸ enfoca su actividad a la intermediación entre empresas y jóvenes provenientes de barrios marginales y que enfrentan discriminaciones múltiples a raíz de la intersección de la edad, la raza/etnia, clase social y género, y lugar de residencia, principalmente. El objetivo de esta agencia no es solo ofrecer

⁸⁴ Sitio web de *Cities of Migration*: http://citiesofmigration.ca/good_idea/mentoring-that-takes-the-other-out-of-the-picture/.

⁸⁵ Sitio web de The Feminist Peace Organization: <http://www.cfd-ch.org/de/projekte-133.html>.

⁸⁶ Sitio web de BECTU: <https://www.bectu.org.uk/events/move-on-up>.

⁸⁷ European Commission, 2010, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁸ Sitio web de Mozaik RH <https://www.mozaikrh.com/>.

“buenos” candidatos y candidatas a las empresas, sino ayudar a los agentes empleadores a superar sesgos y prejuicios contra determinados perfiles, reconociendo el valor de la diversidad dentro de la empresa. En este sentido, *Mozaike RH* ofrece asesoramiento a las empresas para la inclusión de la diversidad mediante programas de formación y gestión de recursos humanos⁸⁹.

Otra experiencia similar es *Mitt Liv* (“Mi vida”) en Suecia, una empresa social que conecta a mujeres jóvenes inmigrantes con empresas y líderes corporativos, desarrollando actividades de formación, mentorización y fortalecimiento de redes⁹⁰.

3.3.3. Cambio en las estructuras y prácticas de las organizaciones laborales

Como ha señalado Barbara Reskin (2009), la erradicación de la discriminación en el empleo requiere el abordaje de los procesos y mecanismos que producen y reproducen la discriminación en los centros laborales⁹¹. Esto supone enfocar las acciones en las organizaciones laborales para atajar la discriminación institucional mediante la transformación de las estructuras, prácticas y actitudes discriminatorias contra colectivos diferentes, incidiendo especialmente en los sujetos y grupos potencialmente discriminadores (empleadores y supervisores, pero también otros trabajadores y trabajadoras que pueden ejercer discriminación). Teniendo en cuenta la trascendencia de este tipo de acciones, resulta llamativa la escasez de iniciativas localizadas que se han dirigido a este objetivo.

A este respecto, se ha destacado el rol decisivo de los sindicatos, subrayándose la necesidad de que éstos avancen en el planteamiento de nuevas estructuras organizativas que den cabida a las necesidades y aspiraciones de trabajadores y trabajadoras vulnerables así como en la introducción de las discriminaciones múltiples en sus agendas y estrategias⁹². En este sentido, encontramos algunos casos significativos de

⁸⁹ Sitio web de Cities of Migration: http://citiesofmigration.ca/good_idea/closing-the-opportunity-gap/.

⁹⁰ Sitio web de Cities of Migration: http://citiesofmigration.ca/good_idea/my-brilliant-career/.

⁹¹ Reskin, B., “The proximate causes of employment discrimination”, *Contemporary Sociology*, vol. 29, n. 2, 2009, pp. 319-320.

⁹² European Commission, 2010, *op. cit.*, p. 45; Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *op. cit.*, pp. 102-103.

innovación estructural sindical para atender la problemática de la discriminación laboral en base a distintas categorías de desigualdad y diversidad.

En primer lugar, podemos destacar la creación de la figura de “representantes de igualdad” por parte del sindicato británico TUC (*Trades Union Congress*) para procurar la igualdad y el trato justo en los espacios laborales. Con esta figura se pretende facilitar la entrada de la igualdad en la agenda de trabajo del sindicato y en el diálogo social, fomentar la introducción de políticas antidiscriminación y de gestión de la diversidad en las empresas así como prestar apoyo a víctimas de discriminación⁹³.

Otros ejemplos los encontramos en Dinamarca, donde el sindicato 3F (*United Federation of Danish Workers*) ha creado la “Unidad de Igualdad” orientada a atender todas las fuentes de discriminación; y en Italia, donde el sindicato CGIL (*Confederazione Generale Italiana del Lavoro*) ha establecido un servicio de asistencia a las víctimas de discriminación⁹⁴. Por su parte, el sindicato francés CGT (*Confédération Générale du Travail*), a través del “Comité para la Diversidad”, canaliza la incorporación de cuestiones relativas a la diversidad en los acuerdos nacionales y en la negociación colectiva. Así también, la CGT ha participado en los acuerdos sectoriales para establecer un Observatorio de la Discriminación en la negociación colectiva⁹⁵.

En cuanto a las limitadas iniciativas localizadas en esta revisión sobre este ámbito de actuación, podemos señalar, no obstante, varias estrategias para atender a las discriminaciones múltiples en los centros laborales. La primera estrategia consiste en incorporar a las políticas y programas orientados a la promoción de la igualdad -habitualmente centrados en un solo motivo de discriminación- cuestiones relativas a la discriminación múltiple. Es el caso del *Programa de Acción para la Igualdad de Género (2016-2019)* de la ETUC, que reconoce circunstancias de discriminación múltiple que agravan la vulnerabilidad social y laboral de las mujeres trabajadoras⁹⁶.

La segunda estrategia implica la adopción de una perspectiva interseccional mediante el desarrollo de políticas enfocadas a las

⁹³ Moore, S., Wright, T. y Conley, H., *Addressing Discrimination in the Workplace on Multiple Grounds. The Experience of Trade Union Equality Reps*, World Health, ACAS, 2012, p. 8.

⁹⁴ También se han recogido iniciativas similares en Austria, Bélgica y Chipre con la creación de nuevas estructuras sindicales para incorporar la representación y mejorar la visibilidad de colectivos minorizados en razón del género, la edad, el origen étnico y la discapacidad. En Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *op. cit.*, p. 102.

⁹⁵ European Commission, 2010, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁶ ETUC, *ETUC Action Programme on Gender Equality, 2016-2019*, 2016.

situaciones, necesidades y expectativas de grupos concretos que enfrentan discriminaciones múltiples, como, por ejemplo, en relación a mujeres con discapacidad⁹⁷, o mujeres inmigrantes empleadas domésticas⁹⁸.

Desde un punto de vista de la gestión de los recursos humanos, podrían emplearse las estrategias de la responsabilidad social corporativa y de gestión de la diversidad como herramientas para incorporar el abordaje de las discriminaciones múltiples en las organizaciones. Sin embargo, se no han encontrado experiencias al respecto.

3.3.4. Recursos para responder a las discriminaciones múltiples

Otro importante campo de acción identificado en las acciones examinadas se refiere al apoyo y orientación a los grupos multidiscriminados para facilitar que puedan reconocer, responder y denunciar las situaciones de trato injusto en el empleo. En este proceso, instituciones de igualdad, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil juegan un importante rol a la hora de proporcionar información, consejo y apoyo legal. Y es todavía más fundamental en el caso de las discriminaciones múltiples cuya ocurrencia es más compleja de reconocer y probar⁹⁹.

Respecto a la labor de las instituciones de igualdad, contamos con diversos ejemplos. El *Ombudsman* de Suecia ha incrementado los recursos humanos y formativos para la detección y denuncia de casos de discriminación múltiple así como su tratamiento de forma integrada¹⁰⁰. Otro ejemplo de apoyo y asesoramiento a potenciales víctimas de discriminaciones múltiples es el “Punto de apoyo” a las mujeres en Bélgica, donde se proporciona información y consejo legal a mujeres inmigrantes¹⁰¹.

Algunos sindicatos europeos a través de sus unidades de igualdad y no discriminación también suministran recursos de ayuda y orientación a los grupos víctimas de discriminación, como es el caso del sindicato francés

⁹⁷ Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, *op. cit.*

⁹⁸ En Irlanda, la *Irish Human Rights and Equality Commission* (IHREC) ha desarrollado una guía para empleadores/as y propuestas políticas que subrayaban cuestiones específicas a la intersección entre género y etnicidad en el abordaje de la discriminación que sufren las mujeres empleadas domésticas. En Crowley, N., *op. cit.*, p. 37.

⁹⁹ Fredman, S., *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁰ ILO, 2011, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰¹ Corsi, M., Crepaldi, C., Lodovici, M.S., Boccagni, P. y Vasilescu, C., *Ethnic Minority and Roma Women in Europe: A Case for Gender Equality?*, Final Report, 2008, pp. 123-124.

CGT que, a través de su Comité para la Diversidad¹⁰², deriva las denuncias de casos de discriminación al HALDE (*Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*), institución del gobierno francés para la igualdad y no discriminación¹⁰³.

Por otra parte, son numerosas las ONGs que incorporan un enfoque interseccional en sus objetivos y actividades. Por citar algunos de estos ejemplos, señalamos la labor de la asociación alemana *LesMigraS*¹⁰⁴ que ha desarrollado un amplio programa de atención, asesoramiento legal y apoyo dirigido a mujeres lesbianas y bisexuales, y personas transexuales e intersexuales de procedencia extranjera, o pertenecientes a minorías étnicas o religiosas. En Bélgica, también se ha destacado las actividades de asociaciones de mujeres musulmanas en relación al asesoramiento jurídico que ofrecen a mujeres que han sufrido discriminación en el empleo por motivos de género y étnico/raciales para emprender acciones legales¹⁰⁵.

4. Conclusiones

Esta revisión pretende aportar una nueva mirada más compleja y multidimensional al entendimiento y tratamiento de la discriminación laboral mediante la exposición de diversas políticas y prácticas desarrolladas en distintos países de la Unión Europea para la lucha contra las discriminaciones múltiples. De las políticas y prácticas revisadas pueden extraerse una serie de recomendaciones para su abordaje.

Primero, es fundamental situar en el foco de las políticas las experiencias específicas de discriminación laboral que pueden enfrentar colectivos que acumulan múltiples desventajas como resultado de la intersección de diferentes ejes de diversidad y desigualdad. Esto supone diseñar “iniciativas interseccionales” dirigidas a la protección de derechos de grupos multidiscriminados con especial desventaja, y a menudo poco visibles, así como la consideración de contextos laborales más allá de la norma social del empleo y que son especialmente vulnerables a la discriminación, la explotación y el acoso por su carácter informal,

¹⁰² European Commission, 2010, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰³ En este sentido, el HALDE francés ha atendido diversos casos de discriminación múltiple respecto a la intersección del género y la edad. En Fredman, S., *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁴ Sitio web de Lesmigras: <http://www.lesmigras.de/>.

¹⁰⁵ Un aspecto especialmente tratado en Bélgica es la discriminación múltiple que sufren las mujeres musulmanas en relación el uso del velo en los centros de trabajo. En Mescoli, E., *Forgotten Women: The Impact of Islamophobia on Muslim Women in Belgium*, Brussels, ENAR, 2016, pp. 44-45 y 53.

sumergido y precario. Este enfoque interseccional contribuye además al reconocimiento de la pluralidad y de la particularidad de manifestaciones que las discriminaciones múltiples toman en función del contexto y de la confluencia de distintos ejes de diferencia y de desigualdad.

Segundo, la implicación y la colaboración entre los actores de las relaciones laborales, así como la participación de la sociedad civil en los procesos elaboración y puesta en marcha de las políticas de no discriminación, es otra condición fundamental para mejorar su efectividad y equidad al mismo tiempo que proporciona visibilidad y empoderamiento a los grupos multidiscriminados.

Respecto al ámbito legislativo, cabe destacar que, pese a la importancia concedida a las cuestiones de discriminación múltiple en manifiestos y declaraciones internacionales, todavía queda mucho camino por recorrer. Es preciso avanzar hacia marcos normativos integrados -tanto a nivel europeo como nacional- que protejan explícitamente la discriminación múltiple y que contemplen situaciones interseccionales de discriminación. Y, de forma específica, es prioritario promover la protección de la discriminación múltiple en el terreno de las relaciones laborales y del empleo mediante el desarrollo de normativas y políticas centradas en este campo. Este reconocimiento normativo constituye un estímulo fundamental para la configuración de las agendas anti-discriminación y para la legitimación de decisiones y de políticas que atañen a la negociación colectiva y al diálogo social.

En cuanto a la intervención sociolaboral, es destacable la diversidad de iniciativas enfocadas a la eliminación de barreras discriminatorias en el acceso al empleo, como los proyectos de inserción y orientación profesional, los programas formativos y de sensibilización, así como los programas de mentorización e intermediación laboral. La colaboración entre asociaciones empresariales, sindicatos, instituciones de igualdad y organizaciones de la sociedad civil se revela en las experiencias analizadas como punto clave para el éxito de estas iniciativas. Así también cabe subrayar el enfoque innovador que muchas de estas actividades incorporan en el tratamiento de las discriminaciones múltiples al focalizarse en problemáticas interseccionales y promover una implicación activa y empoderadora de los grupos multidiscriminados en sus procesos de inserción laboral, por ejemplo, mediante el fortalecimiento de su capital social y formativo.

Esta revisión ha permitido, además, identificar necesidades de intervención no cubiertas adecuadamente y sobre las que sería necesario invertir mayores esfuerzos. En primer lugar, la mayoría de las iniciativas se centran en la eliminación de los obstáculos de acceso al empleo que

afectan a los grupos multidiscriminados. Estas barreras se entienden fundamentalmente como un problema de falta de sensibilización y de conocimiento por parte de sindicatos y empleadores/as, pero también como un problema de empleabilidad de estos grupos multidiscriminados al carecer de las competencias y habilidades sociolaborales necesarias para una inserción exitosa en el mercado laboral. Esto es, centran el peso del problema de la discriminación en los déficits de formación, de competencias y de habilidades que los grupos más vulnerables pueden tener, y no en la transformación de las prácticas y estructuras sociales y laborales que están en la base de los procesos discriminatorios. De ahí, que gran parte de las medidas se enfoquen hacia la formación, orientación profesional e intermediación.

Sin embargo, se observan importantes lagunas en la prevención y tratamiento de las discriminaciones múltiples en cuanto a la aplicación de acciones transformadoras de las estructuras, prácticas y culturas laborales de las organizaciones. En este punto es preciso destacar la necesidad de desarrollar estrategias interseccionales que permitan el cambio de los mecanismos estructurales subyacentes a la discriminación laboral. Para ello, la labor de los sindicatos es fundamental en su tarea de incorporación de las discriminaciones múltiples en sus procedimientos, agendas y estrategias de interacción con otros actores de las relaciones laborales.

En suma, la incorporación de un enfoque multidimensional en el abordaje de la discriminación laboral contribuiría a desarrollar políticas más equitativas al llegar a grupos especialmente vulnerables que tradicionalmente quedan invisibilizados tras categorías unitarias y homogéneas, pero también más eficaces al centrarse con mayor precisión en las necesidades de colectivos que enfrentan particulares condiciones de desigualdad y discriminación.

5. Bibliografía

ALTER, *Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la encuesta CIS 3000. Percepción de la discriminación en España*, 2014, https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/documentos/Perfiles_discriminacion.pdf.

Bassanini, A. y Saint-Martin, A., *The Price of Prejudice: Labour Market Discrimination on the Grounds of Gender and Ethnicity*, 2008, [https://doi.org/10.1016/S0883-153X\(06\)80004-4](https://doi.org/10.1016/S0883-153X(06)80004-4).

- Bericat, E., *Multiple Discrimination: A Social Science Approach*, 2017, https://www.researchgate.net/publication/323808629_Multiple_Discrimination_A_Social_Science_Approach_Some_Notes.
- Cachón, L., “Marco institucional de la discriminación y tipos de inmigrantes en el mercado de trabajo en España”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 69, 1995, pp. 105-124.
- Carles, I., “Gender equality among young and older workers: The role of social dialogue”, en Jubany, O. y Perocco, F. (eds.), *Vulnerable Workers in Times of social Transformations Discrimination and Participation of Young and Older Workers, and Social Dialogue Stances*, Venezia, Edizioni Ca’ Foscari - Digital Publishing, 2015, pp. 85-106.
- Cea D’Acona, M.A. y Valles, M. (eds.), *Discriminación múltiple. Materiales teóricos, metodológicos y empíricos*, Madrid, Dextra, 2017.
- Cea D’Ancona, M.A., y Valles, M., *Evolución de la discriminación en España: Informe de las Encuestas IMIO-CIS de 2013 y 2016*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO), 2018, <http://www.inmujer.es/actualidad/NovidadesNuevas/docs/2018/EvolucionDiscrimEsp2018-0159.pdf>.
- Chopin, I. y Germaine, C., *A Comparative Analysis of Non-discrimination Law in Europe*, Luxembourg, European Commission, 2016, https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/0912_disabilities_brochure_0.pdf.
- Corsi, M., Crepaldi, C., Lodovici, M.S., Boccagni, P. y Vasilescu, C., *Ethnic Minority and Roma Women in Europe: A Case for Gender Equality? Final Report*, 2008, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4833&langId=en>.
- Crenshaw, K., “Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1, 1989, pp. 139-169.
- Crosby, F.J., Williams, J.C. y Biernat, M., “The maternal wall”, *Journal of Social Issues*, vol. 60, n. 4, 2004, pp. 675-682.
- Crowley, N., *Innovating at the Intersections: Equality Bodies Tackling Intersectional Discrimination*, Brussels, Equinet, 2016, <http://www.equineteurope.org/Equinet-Perspective-Innovating-at-the-Intersections-Equality-Bodies-tackling>.
- Dessi, G., *Forgotten Women: The Impact of Islamophobia on Muslim Women in Italy*, Brussels, ENAR, 2016, <http://www.enar-eu.org/Forgotten-Women-the-impact-of-Islamophobia-on-Muslim-women>.
- Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, *Igualdad de Oportunidades de las Mujeres con*

- Discapacidad: El papel de los Sindicatos*, Sevilla: Junta de Andalucía, 2013, <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadypolicassociales/areas/discapacidad/planes/paginas/plan-discapacidad-mujeres.html>.
- Duncan, C. y Loretto, W., “Never the right age? Gender and age based discrimination in employment”, *Gender, Work and Organisation*, vol. 11, n. 1, 2004, pp. 95-114.
- ETUC, *Fight Discrimination and Guarantee Equality for All*, Joint declaration to the EU and Member States, 2009, http://cms.horus.be/files/99907/MediaArchive/Policies/Equality_and_non-discrimination/091023_SP-ETUC_joint%20declaration.pdf.
- ETUC, *ETUC Action Programme on Gender Equality, 2016-2019*, 2016, https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/etuc_action_programme_on_gender_equality_2016-2019.pdf.
- European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, Policies and Laws*, Luxembourg, European Commission, 2007, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&pubId=51>.
- European Commission, *Trade Union Practices on Anti-discrimination and Diversity*, Luxembourg, European Commission, 2010, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6163&langId=en.
- FRA, *EU-MIDIS Data in Focus Report 5: Multiple Discrimination*, Luxembourg, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/eu-midis-data-focus-report-5-multiple-discrimination>.
- FRA, *Manual de Legislación Europea contra la Discriminación*, Luxembourg, European Union Agency for Fundamental Rights, 2011, https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf.
- FRA, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey Roma – Selected findings*, Luxembourg, European Union Agency for Fundamental Rights, 2016, <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/eumidis-ii-roma-selected-findings>.
- Fredman, S., *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination law*, Brussels, European Commission, 2016, <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/intersectionality.pdf>.
- Forum European Youth, *Multiple Discrimination and Young People in Europe*, 2014, <http://www.youthforum.org/assets/2015/10/Multiple-discrimination-and-young-people-in-Europe.pdf>.

- Mescoli, E., *Forgotten Women: The Impact of Islamophobia on Muslim Women in Belgium*, Brussels, ENAR, 2016, http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/factsheet_belgium_-_en_final.pdf.
- Moore, S., Wright, T. y Conley, H., *Addressing Discrimination in the Workplace on Multiple Grounds. The Experience of Trade Union Equality Reps*, World Health, ACAS, 2012, <https://doi.org/10.1089/ast.2007.0153>.
- Nier, J.A. y Gaertner, S.L., “The challenge of detecting contemporary forms of discrimination”, *Journal of Social Issues*, vol. 68, n. 2, 2012, pp. 207-220.
- Nogueira Domínguez, J. y Zalakain Hernández, J., *La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadoras en servicios domésticos y de cuidado en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, Emakunde, 2015, http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_subvencionadas2/eu_def/adjuntos/beca.2014.2.mujeres.inmigrantes.trabajadoras.servicios.domesticos.pdf.
- Pager, D. y Shepherd, H., “The sociology of discrimination: Racial discrimination in employment, housing, credit, and consumer markets”, *Annual Review of Sociology*, vol. 34, n.1, 2008, pp. 181-209.
- Pager, D. y Western, B., “Identifying discrimination at work: The use of field experiments”, *Journal of Social Issues*, vol. 68, n. 2, 2012, pp. 221-237.
- Paraskevopoulou, A. y McKay, S., *Workplace Equality in Europe. The Role of Trade Unions*, Farnham, Surrey, Ashgate, 2015, pp. 99-100.
- Parlamento Europeo, *Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos*, 2006, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10313>.
- Pillinger, J., *Safe At Home? Trade Union Strategies to Prevent, Manage and Eliminate Workplace Harassment and Violence against Women*, Confederation Syndicat European Trade Union, 2017, https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/brochure_-_safe_at_home_-_en_5_0.pdf.
- Reskin, B., “The proximate causes of employment discrimination”, *Contemporary Sociology*, vol. 29, n. 2, 2009, pp. 319-328.
- Reskin, B., “The race discrimination system”, *Annual Review of Sociology*, vol. 38, n. 1, 2012, pp. 17-35.
- Rodríguez, P., “Un análisis interseccional sobre malos tratos y violencia laboral en mujeres que ejercen la prostitución”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 151, 2015, pp. 123-138.
- Seta, D., *Forgotten Women: The Impact of Islamophobia on Muslim Women*, Brussels, European Network against Racism (ENAR), 2016, <http://www.enar-eu.org/Forgotten-Women-the-impact-of-Islamophobia-on-Muslim-women>.

- Sheppard, C., *Multiple Discrimination in the World of Work*, Geneva, International Labour Organization, Working Paper n. 66, 2011, http://www.oit.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_170015/lang--en/index.htm.
- Sordo, T., *Guía sobre discriminación interseccional. El caso de las mujeres gitanas*, Fundación Secretariado Gitano, 2018, https://www.gitanos.org/upload/18/56/GUIA_DISCRIMINACION_INTERSECCIONAL_FSG.pdf.
- Squires, J., “Intersecting inequalities”, *International Feminist Journal of Politics*, vol. 11, n. 4, 2009, pp. 496-512.
- Strid, S., Walby, S. y Armstrong, J., “Intersectionality and multiple inequalities: Visibility in British policy on violence against women”, *Social Politics*, vol. 20, n. 4, 2013, pp. 558-581.
- Verloo, M., “Multiple inequalities, intersectionality and the European Union. European”, *Journal of Women’s Studies*, vol. 13, n. 3, 2006, pp. 211-228.

Web sites

- Cities of Migration, *Good Ideas in Integration*, <http://citiesofmigration.ca/good-ideas-in-integration/>.
- European Commission, *Combating Discrimination*, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination_en.
- European Institute for Gender Equality (EIGE), *Good Practices*, <http://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/good-practices>.
- European Network against Racism (ENAR), <http://www.enar-eu.org/>.
- European Network of Equality Bodies (EQUINET), <http://www.equineteurope.org/>.
- European Trade Union Confederation, <https://www.etuc.org/en>.
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), <http://fra.europa.eu/en>.
- International Labour Organization (ILO), *Equality and Discrimination*, <http://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/lang--en/index.htm>.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Anti-Discrimination Database*, <https://adsdatabase.ohchr.org/SitePages/Anti-discrimination%20database.aspx>.

Equidad de género y protección social, por Gabriela Mendizábal Bermúdez (coord.)

Una reseña

La presente reseña surge del libro colectivo coordinado por la doctora Gabriela Mendizábal Bermúdez, donde se aborda un tema que en los últimos años se ha encontrado en auge en países del continente americano: la equidad de género.

Cabe precisar que la obra colectiva resulta de una segunda edición derivado de la demanda que generó el primer tiraje, es una obra editada por Porrúa una de las más prestigiadas casas editoriales mexicanas.

Es así que cada uno de los capítulos que conforma esta obra se avoca a un determinado eje transversal como: la protección social, el trabajo, la familia, los adultos mayores, la salud, entre otras. Todos enlazados al tema principal “la equidad de género” pues se debe precisar que la obra colectiva fue realizada por un grupo multidisciplinario.

Hablar hoy en día de equidad de género, resulta un tema bastante amplio ya que a lo largo de los años la sociedad ha marcado las pautas de los roles de género, es decir las actividades desarrolladas por el hecho de ser hombre o mujer. Sin embargo nos damos cuenta que aún existe discriminación por razón de sexo o género. Cabe mencionar que estos dos términos tienen acepciones diferentes, ya que la primera de ellas se relaciona por una condición biológica y la segunda derivada de una construcción social.

De tales aseveraciones esta obra colectiva resulta ser un gran material para ampliar los temas de género y el impacto que se percibe en diversos ámbitos de la vida cotidiana de las personas.

En ese contexto, el libro se encuentra conformado por catorce capítulos de excelente calidad escritos por diversos autores expertos en la materia.

Estos capítulos se encuentran divididos por tres partes:

- I. Trabajo, seguridad social y género

II. Envejecimiento poblacional y género

III. Derecho comparado, conciliación familiar y normas del trabajo

La primera parte de la obra denominada “Trabajo, seguridad social y género”, esta conformado por cinco capítulos. El primer capítulo intitulado *Seguridad social y género. Una mirada en perspectiva acerca de su juridicidad* a cargo del doctor Ángel Guillermo Ruiz, hace análisis profundo referente a la seguridad social como un derecho humano, así como de las normas nacionales e internacionales que lo respaldan teniendo presente que el acceso a este derecho deberá ser en condiciones de igualdad y equidad tanto para hombres y mujeres. El marco normativo que regula el acceso a la seguridad social resulta indispensable, ya que a través de ello se establecen los principios (como lo es el de equidad) por los cuales las personas podrán recibir las prerrogativas que devienen de la seguridad social.

El siguiente capítulo presentado por la doctora Gabriela Mendizábal Bermúdez que lleva por nombre *Análisis desde una perspectiva masculina en la construcción de la equidad de género laboral y seguridad social*, nos habla de las masculinidades y la discriminación que la propia legislación mexicana (laboral y de seguridad social) hace al varón por el solo simple hecho de ser hombre. Pareciera que al tocar el tema de equidad de género nos estaríamos refiriendo a la desigualdad que sufren las mujeres frente al hombre, pero no es así, hablar de equidad de género es abordar el tema teniendo una visión tanto femenina como masculina, en donde si bien es cierto, la mayoría de la literatura disponible se aboca a la primera, derivado de que el tema masculinidad resulta ser un tópico nuevo. La autora refiere la necesidad de que las normas regulen en igualdad de condiciones tanto para hombres como mujeres, dando como ejemplo el derecho al acceso a guarderías, los permisos parentales, entre otros, con la finalidad de garantizar un trato equitativo a las personas sin importar su sexo o género. El capítulo siguiente titulado *El carácter sociohistórico del género: cultural, roles, ética y moral* escrito por los doctores Jesús Alejandro Vera Jiménez y María Elena Ávila Guerrero analizan de manera histórica el proceso de cambio que ha vivido la construcción y mutación del concepto de género en México tomando como puntos importantes la pobreza, el trabajo y la exclusión laboral a la que se afrontan la población.

Dentro del capítulo los autores analizan y desglosan de una manera sencilla las bases teóricas que permiten la comprensión del género dando un breve análisis de cada una de ellas, a su vez, dedican un punto específico referente a la importancia de la identidad de la persona, mencionando que es un elemento indiscutiblemente ligado al género.

Continuando con el siguiente capítulo *La estabilidad en el empleo de*

trabajadoras burócratas y el acceso a los derechos en materia de seguridad social (Baja California) desarrollado por los doctores Jesús Rodríguez Cebreros, María Aurora Lacavex Berumen y Yolanda Sosa y Silva García, presentan un trabajo mediante el estudio de caso enfocándose a las trabajadoras burócratas del Estado de Baja California, México. En él, se puede encontrar un análisis sumamente detallado respecto de los derechos laborales y de seguridad social que perciben este grupo de la población. Los autores dentro de su trabajo se plantean dos preguntas a responder ¿Las trabajadoras burócratas cuentan con estabilidad en el empleo? y, ¿Las trabajadoras burócratas gozan del acceso a los derechos en materia de seguridad social?. Estas preguntas se plantean derivado de que las trabajadoras al ser madres tienden a ser las encargadas de las actividades del hogar, lo que les impide en ocasiones gozar de libertad para realizar una actividad laboral o en su defecto tener la responsabilidad tanto del trabajo como del hogar, impidiéndole un pleno desarrollo profesional en comparación a un trabajador hombre. En ese sentido los autores refieren la necesidad de que a través del marco normativo se regulen las condiciones laborales de las trabajadoras burócratas para que gocen de una flexibilidad que les permita llevar de manera adecuada una vida laboral-familiar plena.

El último capítulo de la primera parte del libro se denomina *El género como una variable determinante en el nivel de satisfacción de los proveedores de salud y de los usuarios de los módulos DIABETIMSS* a cargo de las doctoras Erika Conde-Valencia e Irene M. Paranda-Toro dentro de él se menciona que los programas en materia de salud implementados por los gobiernos en turno deben de contar con una metodología donde incluyan la perspectiva de género, ya que el comportamiento de las enfermedades que pueda padecer tanto hombres como mujeres suelen ser diferentes, máxime tratándose de enfermedades crónico degenerativas (poniendo como ejemplo la diabetes). Las autoras refieren que el género marca una influencia en el cuidado de la salud, los tipos de enfermedad y las causas de muerte. De ahí la importancia de aplicar estos parámetros al momento de desarrollar cualquier política pública encaminada a la atención de la salud.

Dentro de la segunda parte del libro denominada “Envejecimiento poblacional y género” enfocada a la equidad de género en la etapa mas vulnerable de cualquier persona, la adultez. Dentro de este apartado encontramos cuatro capítulos. El primero desarrollado por las doctoras Gloria Moreno Álvarez y Gabriela Mendizábal Bermúdez, titulado *La feminización del envejecimiento poblacional en México*. Las autoras toman como premisa que el envejecimiento poblacional tiende a feminizarse derivado de dos situaciones; la primera, porque existe una mayor población

femenina que masculina en México y; segunda, que la esperanza de vida para las mujeres es mayor en comparación con la de los varones. Partiendo de esa idea el capítulo analiza la forma en cómo viven los adultos mayores en esta etapa de la vida en específico las mujeres, así como las desventajas que enfrenta este sector al llegar a la vida adulta mayor y las carencias sociales que llegan a tener. En este punto se debe resaltar el derecho a la seguridad social, como es bien sabido la seguridad social se encuentra vinculada al desarrollo de una actividad laboral formal, sin ella no se gozan de los beneficios de la misma. Por desgracia un gran número de personas adultas mayores carecen de este derecho porque en su vida productiva nunca tuvieron un empleo formal que les permitiera cotizar al sistema para que en el momento necesario fueran respaldado por las prestaciones económicas y en especie que brinda la seguridad social, sin duda un problema pendiente por combatir.

El siguiente capítulo del segundo apartado intitulado *Mujeres mayores Protección con perspectiva de género* por la doctora María Ascensión Morales Ramírez. La autora estudia los derechos y prestaciones que perciben las mujeres adultas mayores en México donde en muchas ocasiones no atienden las necesidades vistas con una perspectiva de género, es decir, las políticas públicas son generalizadas tanto para el hombre como para la mujer sin tomar en cuenta factores determinantes como una mayor población femenina en edad de adultez así como las diferentes necesidades que requieren el uno y el otro. A su vez se debe de resaltar que las mujeres mayores tienden a sufrir una mayor discriminación en diversos ámbitos que se presentan en una exclusión social, económica, cultural, política y lamentablemente el abuso por parte de familiares y extraños. De tal suerte que la implementación de marco normativos eficientes resultan necesarios para la protección de este grupo vulnerable de nuestra sociedad.

El doctor Julio Ismael Camacho Solís, con el artículo *Pobreza y Género. Vulnerabilidad social en Aumento* refiere que la pobreza en una sociedad tiende a generar una discriminación hacia el grupo de la población que sufre esta situación. Existe una desigualdad social a las personas de menores recursos teniendo como consecuencia una mayor dificultad para acceder a los servicios básicos como: salud, educación, trabajo, servicios públicos, entre otros. La pobreza vista desde una perspectiva de género suele perjudicar a las mujeres por diversas situaciones, pues tienden a ser pobres por razón de discriminación, un ejemplo de ello es en el ámbito laboral, ya que se encuentra en desigualdad de circunstancias y oportunidades de trabajo en comparación a los hombres, hecho que agrava la condición de pobreza de este grupo de la población.

Para finalizar esta segunda parte de la obra se presenta el capítulo *Las personas de edad y el género* por los doctores Manuel de Jesús Esquivel Leyva y Guadalupe Romano Casas, dentro de este capítulo se aborda la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores dentro del marco normativo nacional e internacional con la intención de establecer si existe una igualdad jurídica así como un acceso a la justicia efectiva, pronta y expedita. Asimismo, realizan un análisis social y demográfico de la edad de las personas y el género con la finalidad de saber el grado de discriminación que se enfrenta día a día en México.

La tercera y última parte del libro “Derecho comparado, conciliación familiar y las normas de trabajo” esta conformada por cinco capítulos mismos que versan sobre las normas laborales-familiares vista desde diferentes legislaciones internacionales. El primero de ellos a cargo del doctor Hans-Joachim Reinhard con el capítulo *Conciliación de las tareas familiares y la vida laboral: unos aspectos del derecho social y de la política social en Alemania* donde refiere que la vida laboral-familiar en Alemania siempre ha sido un tema en constante discusión para establecer que el hombre y la mujer tiene derechos iguales. Establece que el marco normativo alemán ha sufrido diversos cambios en los últimos años para poder adecuar las necesidades tanto de mujeres y hombres en un plano de igualdad y equidad, todo ello pese a las oposiciones políticas que existen en el país teutón. A pesar de ello se han establecido políticas sociales que permite una conciliación plena de la vida laboral-familiar entre la población alemana. El autor señala que aún quedan retos por desarrollar en la materia, pero estos avances han sido de gran importancia para las familias alemanas.

La doctora Luciana Aboim Manchado Gonçalves da Silva con el capítulo *La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno* hace un estudio de la discriminación en materia de trabajo que sufren las personas en razón de género en Brasil. Se toma como uno de los parámetros para el estudio el poder que posee determinada persona y la posibilidad de ejercerlo sobre otra. A lo largo de muchos años se ha establecido que el poder se concentró solo en los hombres, derivado de que se tenía a la idea que el rol del hombre debía ser de proveedor mientras que el de la mujer versaba en el cuidado de los hijos y del hogar. Lo cierto es que estas construcciones sociales se han estado rompiendo en los últimos años, pero aún así, quedan restos que afectan en su gran parte a las mujeres en el ámbito laboral, razón por la cual la autora expresa la situación que se vive en el país Sudamericano.

Continuando con el siguiente capítulo *Conciliación familiar y normas del trabajo* bajo la dirección de la doctora Marta Elisa Monsalve Cuellar

establece la necesidad de adecuar las normas familiares y laborales en Colombia para equilibrar estos dos ámbitos de la vida de las personas con la intención de que exista una convivencia plena entre el trabajo y el esparcimiento familiar de los colombianos. En la parte final se desentraña el marco normativo nacional, así como algunas jurisprudencias que versan sobre la regulación de la convivencia laboral-familiar en dicho país.

El doctor Juan Pablo Maldonado Montoya nos expone en su capítulo *Un derecho del trabajo para hombres y mujeres* las desigualdades que sufren las mujeres en el mundo laboral en comparación a las ofertadas para los hombres. Ciertamente es que respecto a este tema se han dado pasos agigantados, pero aún queda muchas cosas por realizar, como bien lo refiere el autor, las desigualdades entre varón y mujer es uno de los mayores obstáculos que impiden el desarrollo humano y progreso en una sociedad. Una gran desventaja que sufren las mujeres en el ámbito laboral es la falta de condiciones para poder equilibrar el trabajo con el hogar, pues desgraciadamente a lo largo de los siglos la sociedad se ha construido bajo un régimen paternalista impidiendo que las mujeres realicen alguna actividad remunerada o peor aún tomen decisiones dentro del núcleo familiar.

Para concluir con esta obra el doctor Juan Manuel Gómez Rodríguez nos brinda el capítulo nombrado *El papel de los adultos mayores en la conciliación de la vida laboral y familiar una perspectiva desde su autonomía* en el cual se aborda el papel que cumplen los adultos mayores en México dentro de la conciliación de la vida laboral familiar. Se toma como premisa que actualmente el adulto mayor carece de autonomía propia y de reconocimiento social por el simple hecho de ser una persona de edad avanzada, pese a que no significa que se encuentra incapacitado para realizar una actividad, la sociedad tiende a tomar como sinónimos vejez con inoperante, inválido o no capaz, dejando fuera su participación tanto en el ámbito laboral como en el núcleo familiar. En ese contexto el autor sostiene que los adultos mayores deben de ser considerados como pilar fundamental dentro de la familia y el trabajo, pues su experiencia de vida, la madurez, disciplina, etc, son factores para pensar que son totalmente aptos y no marginarlos de la sociedad que los rodea.

De lo anterior podemos desprender que la lectura que se reseñó resulta ser una obra obligada no solo para aquellos amantes del género, sino para cualquier público que tenga interés en contar con nociones básicas del tema, tomando como un plus que los capítulos desarrollados se aborda desde diferentes disciplinas. Este tipo de obras coadyuvan a que el desarrollo del ser humano en sociedad se encuentre evolucionado de manera positiva permitiendo una equidad e igualdad entre los hombre y

mujeres que habitan este planeta.

Emmanuel López Pérez*

* Asistente de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo