

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*)

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

Carolina Blasco Jover

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante, España

ÍNDICE

Carolina Blasco Jover, *Introducción al número por parte de la Coordinadora*..... **1**

Artículos

Antonio Álvarez Del Cuvillo, *La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI*..... **7**

Carolina Blasco Jover, *La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*..... **46**

Miguel Gutiérrez Pérez y Francisco Javier Hierro Hierro, *La reforma del sistema de pensiones: una visión comparada España/Francia*..... **74**

Manuel García Jiménez, *Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica*..... **97**

Susana Rodríguez Escanciano, *Los riesgos del denominado “data outsourcing” en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes*..... **121**

Mariola Serrano Argüeso, *Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0*..... **164**

Nerea Ereñaga de Jesús, *El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco*..... **192**

Juan Manuel Moreno Díaz, *Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa*..... **207**

Comentarios

Pilar Palomino Saurina, *Algunas notas destacables del permiso por lactancia. Comentario de la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018*..... **224**

Introducción al número por parte de la Coordinadora

Este número 2, volumen 7 de 2019 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* que he coordinado cuenta con un total de ocho artículos doctrinales y un comentario de sentencia de indudable oportunidad y de excepcional calidad que seguro serán de interés para los lectores de la revista y de utilidad para todo aquel práctico en Derecho del Trabajo que necesite sumergirse en los temas que son objeto de atención en ellos.

De esta manera, comienza el número con el artículo *La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI* del profesor Antonio Álvarez del Cuvillo (Universidad de Cádiz, España). Es un trabajo notable, pues en él el autor se cuestiona sobre las transformaciones que ha padecido y sigue padeciendo en la actualidad el Derecho del Trabajo, haciendo un recorrido sobre las funciones que históricamente ha desempeñado esta disciplina en el orden social y económico capitalista, para pasar, a continuación, a explicar cómo determinados factores (crisis económica, desempleo estructural masivo, la robotización, la adopción de medidas políticas liberalizadoras de los mercados, la flexibilidad, etc.) han terminado por provocar importantes cambios en el contenido de las instituciones jurídicas laborales. Consciente de ello, el profesor Álvarez del Cuvillo propone una serie de estrategias (algunas de ellas, muy interesantes, como el “empoderamiento” del trabajador) para satisfacer las funciones del Derecho del Trabajo en un entorno empresarial como el actual caracterizado por la flexibilidad, por la volatilidad de los mercados y por las elevadas presiones competitivas sobre las empresas.

A continuación, el siguiente artículo de este número lo firma la que suscribe bajo el título *La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*. Es un trabajo de indudable actualidad pues, a la fecha de cierre de este

número, tan sólo ha transcurrido mes y medio desde la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2019, una norma que ha traído consigo la introducción de cambios de indudable importancia (algunos, ciertamente cuestionables, otros de honroso calado social) en los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral. De todos ellos, el artículo que aquí se introduce se ocupa de analizar con detalle los que han sufrido dos derechos en concreto que venían generando un alto nivel de litigiosidad: el permiso por lactancia (ahora, por cuidado del lactante) y el derecho a la adaptación de jornada por motivos conciliatorios. En ambos se han producido avances para intentar tutelar de mejor forma los intereses conciliatorios de los trabajadores, aunque quedan todavía cuestiones pendientes en ellos, especialmente en el derecho a la adaptación de jornada, que pueden generar cierta controversia. En este trabajo se da cuenta, pues, de las luces y sombras que contiene la reforma de los artículos 34.8 y 37.4 del Estatuto de los Trabajadores de una forma crítica y reflexiva.

De innegable actualidad es también el trabajo *La reforma del sistema de pensiones: una visión comparada España/Francia*, firmado por los profesores Miguel Gutiérrez Pérez y Francisco Javier Hierro Hierro, ambos de la Universidad de Extremadura (España). El sistema de pensiones es un tema que preocupa y mucho a todos los Estados y que genera un debate que alcanza a todas las esferas de la sociedad. Se enfrenta a retos muy importantes derivados principalmente del aumento de la longevidad y de las crecientes tasas de desempleo estructural que pueden poner en peligro su financiación. El trabajo de los profesores Gutiérrez Pérez y Hierro Hierro incide en ello. Así, en él, se lleva a cabo un examen de los principales elementos que caracterizan al sistema de jubilación en Francia y se da cuenta de las reformas a las que se le ha sometido con el objetivo último de lograr su sostenibilidad. Tras ello, se pasa, a continuación, a fijar paralelismos y disonancias acerca de las reglas adoptadas en España y en Francia con respecto a esta cuestión para, finalmente, proponer en conclusiones una serie de medidas (v.gr. un tributo destinado a la financiación de la protección social) que quizá pudieran convertirse en un ejemplo a seguir en España.

Por su parte, el artículo *Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica* del profesor Manuel García Jiménez (Universidad de Jaén, España) ahonda en un fenómeno, el de la violencia laboral, que es, por detrás del estrés laboral, el segundo riesgo psicosocial en importancia cuantitativa. De esta forma, de manera bien estructurada, lo que no siempre es fácil de lograr cuando de los riesgos psicosociales se trata por su imprecisión conceptual, el profesor García Jiménez reflexiona sobre los

factores que inciden en la producción de esa violencia en el trabajo, la diferente tipología existente atendiendo, incluso, al puesto de trabajo que se desempeñe, y sus efectos o consecuencias. Todo ello le hace analizar, a continuación, el marco jurídico preventivo para concluir que, aun no existiendo previsiones específicas sobre las situaciones de violencia en el lugar de trabajo, las mismas quedarían incluidas dentro del deber que pesa sobre el empresario de adoptar cuantas medidas considere oportunas y adecuadas para prevenir, eliminar o reducir en la medida que sea posible los riesgos laborales. En este sentido, apuesta, muy acertadamente, por la implantación de una serie de medidas sobre el entorno, la organización del trabajo y sobre las personas que contribuirían a minimizar los riesgos de que estalle una situación de violencia laboral en el lugar de trabajo, por la formación y el entrenamiento de todo el personal de riesgo en competencias para afrontar y resolver las situaciones de violencia, por el establecimiento por parte de la empresa de una política de información sobre el procedimiento de respuesta suficientemente claro y por la comunicación a trabajadores y clientes de la política adoptada en contra de las situaciones y acciones que conduzcan a la violencia, informando de que las mismas tendrán las consecuencias legales oportunas, además de las que se puedan adoptar con carácter interno sobre el acceso a los servicios que se presten.

A continuación, sigue un grupo de trabajos que inciden en un tema de actualidad y de hondo calado práctico, la transformación digital en el empleo y los retos y desafíos que implica para el Derecho del Trabajo. Y es que, 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 creces 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. Mucho se puede debatir sobre la materia y muchas son las cuestiones que se pueden tratar al hilo de esta transformación digital y de sobre cómo incide en el campo del Derecho individual del trabajo, del Derecho colectivo, del Derecho de la Seguridad Social y del Derecho Procesal Laboral. De hecho, no erraría si dijera que todo ello tendría cabida perfectamente en un número monográfico de esta revista. No obstante, como no es tal el objetivo del número que coordino, los trabajos científicos que aquí se incluyen tratan sobre ciertos aspectos de ese impacto que ha tenido el empleo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el campo de las relaciones laborales. Así, el primer artículo de este bloque lo firma la catedrática de la Universidad de León (España), Susana Rodríguez

Escanciano y lleva por título *Los riesgos del denominado “data outsourcing” en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes*. En él, se da cuenta de las muchas posibilidades que para el reclutamiento de trabajadores puede tener la utilización de avanzadas tecnologías digitales. No obstante, y muy brillantemente, se advierte del peligro que su empleo puede suponer para la intimidad de las personas, en tanto que va a provocar la ampliación exponencial de la capacidad de obtención de información, permitiendo al empresario un conocimiento completo del perfil de los candidatos, incluyendo desde aspectos estrictamente profesionales a características subjetivas pertenecientes al ámbito de la privacidad. Ante esta apabullante realidad, la profesora Rodríguez Escanciano aboga por la escrupulosa aplicación del ordenamiento de protección de datos y realiza un análisis detallado de todas las medidas contenidas en el Reglamento Europeo 2016/679, de 27 de abril y en Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos que pueden incidir en la fase precontractual de la relación laboral. Además, su trabajo también examina de forma profunda el daño que el trasvase de datos entre los diversos agentes externos intervinientes en la colocación puede ocasionar a la intimidad y a la privacidad de los demandantes de empleo. Interesantes en este punto son los epígrafes referidos a la solidaridad inter-empresarial (con motivo de las denominadas “listas negras”) y a las plataformas virtuales de búsqueda de empleo, cuya utilización por parte de los demandantes de ocupación está generando incontroladas bolsas de trabajo que circulan por la red con los peligros que ello supone a causa, principalmente, de la ausencia de confidencialidad de los datos personales o de su utilización inadecuada o para fines distintos a los que el usuario de la plataforma pretendía.

El segundo trabajo de este bloque es *Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0*. Su autora, la profesora Mariola Serrano Argüeso, de la Universidad de Deusto (España), firma un interesante y nada fácil trabajo sobre la figura del profesional permanentemente conectado, sobre los evidentes riesgos que soporta y sobre la reciente inclusión en legislación española del “derecho a la desconexión digital”. De esta forma y tras realizar un recorrido por las sentencias que hacen hincapié en la contraposición entre el tiempo del trabajo y el tiempo de descanso y comentar con detalle y crítica el uso por el empresario del registro de la jornada (impuesto de modo obligatorio en España por el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo), la profesora Serrano Argüeso entra a comentar la regulación del derecho a la desconexión digital, un derecho que ahora tiene cabida en el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. No obstante y como advierte, las

exigencias legales son escasas y se deja en manos de los agentes sociales su concreción con los problemas que ello puede acarrear. Por ello, entiende la autora que, si de verdad se quiere que la previsión jurídica no pase de ser, como se ha criticado una y otra vez por la doctrina, una mera anécdota, es necesario que vaya acompañada de medidas legislativas y políticas efectivas sobre tiempo de trabajo que faciliten su ejercicio, como bien podrían ser un adecuado registro de la jornada de trabajo que no facilite un uso desviado del mismo, la modificación de las tradicionales medidas de conciliación por otras más próximas a la corresponsabilidad o la formación en las empresas sobre un uso razonable de los dispositivos digitales.

El tercer trabajo de este bloque se titula *El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco* y su autora es la profesora Nerea Ereñaga de Jesús de la Universidad de Deusto (España). En él, se analiza el impacto que la innovación tecnológica ha tenido sobre el trabajo en general y la repercusión que las nuevas formas de organización como el teletrabajo han tenido sobre el tiempo de trabajo y su control en particular. Para ello, la profesora Ereñaga estudia con rigurosidad los conceptos mencionados con el fin de delimitar su noción, para pasar, a continuación, a comprobar el estado de regulación de la materia en las cláusulas de los convenios colectivos vigentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Este estudio es verdaderamente interesante en tanto que, gracias a él, se puede apreciar cómo los convenios colectivos, aun en el ámbito autonómico, poco se han ocupado de regular el teletrabajo, no pasando, en líneas generales, de realizar simples recomendaciones de esta forma de prestación de servicios con fines conciliatorios.

Finalmente, el último trabajo que incide en el tema de la transformación digital es el del profesor Juan Manuel Moreno Díaz, de la Universidad de Sevilla (España) y lleva por título *Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa*. En él, se explica cómo el modelo dual de representación de los trabajadores se ha visto alterado debido, entre otras circunstancias, a la creación y proliferación de plataformas digitales en las que, si ya es complicada la protección de los trabajadores en el plano individual, más lo es en el plano colectivo, pues algunos derechos, como el de la negociación colectiva, son complicados de articular en estos nuevos escenarios. Frente a ello, el profesor Moreno Díaz apuesta, con criterio, por fortalecer los esquemas tradicionales de acción sindical en los nuevos entornos laborales creando en su seno estructuras de representación de los trabajadores y fomentando nuevas formas de organización sindical a nivel transnacional con el ánimo y propósito fundamental de reforzar su

papel en la vigilancia de los acuerdos marco global.

Se cierra, en fin, el número con el comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018 de la profesora Pilar Palomino Saurina (Universidad de Extremadura, España). En él se da cuenta de uno de los aspectos más controvertidos del permiso por lactancia en su redacción anterior a la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 6/2019: su ejercicio por el padre de forma indistinta a la madre. Y es que debe entenderse que el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en su versión anterior reconocía que el permiso por lactancia era un “derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”, por lo que la titularidad del mismo venía a ser indistinta para uno u otro sexo. Ello no obstante, pensando tal vez en las necesidades organizativas de las empresas, se consideró conveniente limitar su ejercicio en el caso de que ambos progenitores trabajasen. En este caso, sólo uno de ellos, no los dos, podía utilizar las facultades que le confería el derecho. Pues bien, esta previsión generó graves problemas interpretativos en sede judicial al tener que dilucidarse si el otro progenitor podía disfrutar del permiso por lactancia aun cuando la madre no prestara servicios, cuando fuera autónoma o cuando estuviera disfrutando de una excedencia. La sentencia de la Audiencia Nacional que la profesora Palomino Saurina comenta contesta afirmativamente a esta cuestión, concluyéndose que el padre, aunque la madre tenga suspendido el contrato por maternidad, puede hacer uso del permiso por lactancia desde que concluya su permiso por paternidad, de tal modo que la incompatibilidad del permiso de lactancia con la suspensión del contrato por maternidad o paternidad se debe entender referida únicamente al ejercicio simultáneo de ambos derechos por el mismo progenitor.

Como puede constatarse, en fin, tras esta breve introducción, los trabajos que se presentan son del todo punto interesantes y abordan cuestiones de indudable relevancia actual práctica y académica. Ello, unido a la intachable solvencia científica de sus autores, hace que, desde la posición que ocupo, invite al lector a adentrarse de lleno en este número y descubra todo lo que en él se plantea y se cuestiona.

Carolina Blasco Jover

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI*

Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO**

RESUMEN: Desde hace décadas se viene manteniendo que el Derecho del Trabajo sufre una profunda crisis que pone en cuestión sus fundamentos básicos o que al menos implica un cambio respecto a los presupuestos sobre los que se construyó a principios del siglo XX. En este trabajo se analizan las funciones que históricamente ha desempeñado el derecho laboral y posteriormente se reflexiona sobre los cambios producidos a partir de los años 70 y sus consecuencias sobre las relaciones laborales. En este contexto, se defiende que las funciones históricas del Derecho del Trabajo siguen estando plenamente vigentes, pero que es necesario redefinir las estrategias de regulación para realizar efectivamente estas finalidades en el mundo actual. En este sentido, se identifica la “búsqueda de la flexibilidad” que ha animado las “reformas laborales” en los países del capitalismo avanzado como una estrategia disfuncional.

Palabras clave: Derecho del trabajo, flexibilidad, reforma laboral.

SUMARIO: 1. Introducción: tiempos interesantes. 2. La función básica del Derecho del Trabajo: regulación de la relación salarial en el orden capitalista. 2.1. El modo capitalista de producción. 2.2. La consolidación y normalización de la “relación salarial”. 2.3. Canalización del conflicto social en el orden capitalista. 3. La formulación contradictoria de las funciones del Derecho del Trabajo. 3.1. La desmercantilización como estrategia para producir y reproducir el mercado. 3.2. El control del poder empresarial para reforzar el sometimiento a dicho poder. 3.3. Las restricciones a la libertad contractual para hacer el contrato posible. 4. La crisis contemporánea del Derecho del Trabajo. 4.1. Factores determinantes del cambio. 4.2. La ideología neoliberal y la “trampa de la flexibilidad”. 5. Conclusión: estrategias para satisfacer las funciones del Derecho del Trabajo en el siglo XXI. 6. Bibliografía.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-83488-C4-1-R, *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Cádiz (España).

The Validity of the Historical Functions of Labour Law in the 21st Century

ABSTRACT: It has been maintained for decades that Labour Law faces a deep crisis that calls into question its basic foundations. At least it is considered that there have been important changes regarding the premises on which Labour Law was built at the beginning of the 20th Century. This paper analyses the role that Labour Law has historically played and then it reflects on the transformations that have been taken place since the 70s and the impact of these modifications on Labour Relations. In that context, it is argued that the historical functions of Labour Law are still fully valid. Nevertheless, it is necessary to redefine the regulatory strategies to effectively fulfil these purposes in today's world. In that vein, the search for 'flexibility' that has inspired the 'labour reforms' all over the globe is characterized as a dysfunctional strategy.

Key Words: Labour law, flexibility, labour reform.

«[...] aquella época era tan parecida a la actual, que nuestras más notables autoridades insisten en que, tanto en lo que se refiere al bien como al mal, solo es aceptable la comparación en grado superlativo»

C. DICKENS, *Historia de dos ciudades*

1. Introducción: tiempos interesantes

Un viejo chiste inglés atribuye erróneamente a la tradición china la irónica maldición “¡Ojalá vivas tiempos interesantes!” Esta amenaza parece cumplirse en cada momento de la historia, dado que todas las personas tenemos una cierta tendencia a experimentar que vivimos en una época particularmente traumática o convulsiva, en períodos de decadencia y degradación respecto a un pasado idealizado o incluso en los últimos días de la Humanidad. En particular, el Derecho del Trabajo lleva ya más de 40 años atravesando el “desierto” de una crisis interminable – si es que no nació ya en ella – y acaso nos tenemos que plantear si este páramo no es un mero espacio de tránsito hacia la “tierra prometida” ni tampoco una pendiente hacia el abismo, sino simplemente nuestro “hábitat natural” y, por tanto, el terreno en el que debemos desplegar nuestras estrategias adaptativas de supervivencia.

Ahora bien, por más que reduzcamos el dramatismo o el tono apocalíptico de nuestros análisis, no podemos dejar de reconocer el impacto trascendental que han tenido sobre nuestra disciplina los cambios económicos, productivos, culturales, sociales y políticos que se han producido en las últimas décadas. El marco institucional que llamamos “Derecho del Trabajo” no es una regulación eterna e inmutable, ajena al devenir histórico, sino que nace y se desarrolla en unas circunstancias muy concretas. En este sentido, resulta muy oportuno reflexionar sobre la medida en la que las mutaciones acaecidas han podido afectar a sus líneas esenciales.

En este trabajo intentaremos profundizar en las funciones que históricamente ha desempeñado el Derecho del Trabajo en el orden social y económico capitalista y, en un segundo momento, daremos cuenta de la fractura que se ha producido en las últimas décadas, para terminar esbozando algunas estrategias que permitan recuperar estas funciones en el contexto contemporáneo.

2. La función básica del Derecho del Trabajo: regulación de la relación salarial en el orden capitalista

2.1. El modo capitalista de producción

La supervivencia de las personas y de los grupos humanos exige necesariamente llevar a cabo un “esfuerzo” – esto es, una inversión de energía – de interacción con su medio natural, que podemos denominar “trabajo”¹. El “trabajo” – así entendido como consumo de energía para la producción de energía (*work*) – es siempre, además, un proceso de interacción social (*labour*). En efecto, el trabajo humano tiene que organizarse necesariamente en torno a una estructura sistemática de relaciones sociales y de relaciones de los grupos humanos con la naturaleza, que determina o condiciona la organización social y política de estos grupos. Así pues, los seres humanos no solo son animales sociales, sino que también producen la sociedad para poder sobrevivir². Este conjunto organizado de relaciones entre las personas y de las personas con su medio natural que termina determinando la vida social es lo que llamamos “producción”³. En este contexto, las regularidades observables en las distintas formas en que las diversas sociedades organizan la producción de los bienes y servicios necesarios para la vida humana nos permiten caracterizar a efectos analíticos diferentes “modos de producción”. En todas estas modalidades de producción, aspectos como la división social del trabajo, las relaciones asimétricas de poder y la cobertura de riesgos sociales pueden generar conflictos, contradicciones y

¹ «Por trabajo, en sentido genérico, entendemos el conjunto de actividades por las cuales los seres humanos de un grupo consiguen de la naturaleza las aportaciones energéticas necesarias para vivir» (J. SAN MARTÍN SALA, *Antropología Filosófica: Filosofía del ser humano*, Uned, 2007, 298-299).

² «[...] al contrario que los demás animales sociales, los hombres no se contentan con vivir en sociedad, sino que producen la sociedad para vivir» (M. GODELIER, *Lo ideal y lo material: pensamiento, economías, sociedades*, Taurus, 1989, publicado originalmente en 1984).

³ «En la producción, los hombres no actúan solamente sobre la naturaleza, sino que actúan también los unos sobre los otros. No pueden producir sin asociarse de un cierto modo, para actuar en común y establecer un intercambio de actividades. Para producir, los hombres contraen determinados vínculos y relaciones, y a través de estos vínculos y relaciones sociales, y sólo a través de ellos, es cómo se relacionan con la naturaleza y cómo se efectúa la producción» (K. MARX, *Trabajo asalariado y capital*, 1849, última consulta 18/04/2019); «Marx adoptó el término *producción* para designar este conjunto complejo de relaciones mutuamente dependientes entre naturaleza, trabajo [*work*], trabajo social [*labor*] y organización social» (E.R. WOLF, *Europa y la gente sin historia*, Fondo de Cultura Económica, 2005, 99, publicado originalmente en 1982).

disfunciones y, por ello, existen mecanismos de regulación de las relaciones sociales, de canalización del conflicto y de legitimación del orden existente. No obstante, estas fórmulas pueden variar sustancialmente en unos y otros modos.

Eric Wolf distingue tres grandes modos de producción⁴: el modo basado en el parentesco, el modo tributario y el modo capitalista. En el modo basado en el parentesco, el trabajo social dirigido a la transformación de la naturaleza se moviliza a través de la invocación de relaciones personales y grupales – de filiación, matrimonio, consanguinidad o afinidad –, en las cuales se “incrustan” las relaciones de producción. En el modo tributario, los productores primarios normalmente tienen acceso a los medios de producción, pero el excedente es recolectado por gobernantes políticos o militares; así pues, el trabajo social se moviliza a través del ejercicio del poder político (ya esté este concentrado, como en el “despotismo oriental” o disperso, como en el feudalismo europeo). En cambio, en el modo capitalista los productores primarios están formalmente separados de los medios de producción, de modo que deben ofrecer su trabajo a quienes controlan estos medios a cambio de un salario que garantice su subsistencia.

En el modo de producción basado en el parentesco y en el modo tributario – que han sido dominantes durante la mayor parte de la historia de la Humanidad –, la unidad básica de producción, reproducción y consumo es la familia o unidad doméstica (*household*). La producción de la economía doméstica no se orienta, en principio, a la maximización del beneficio económico, sino más bien a la garantía de sus necesidades de subsistencia y reproducción, así como a la generación de una serie de “excedentes”, que vienen exigidos por parámetros sociales y culturales de la formación social en la que la unidad doméstica se inscribe⁵. Por poner el ejemplo extremo de las sociedades menos especializadas funcionalmente, un grupo de cazadores-recolectores no trabaja más de lo necesario para garantizar la subsistencia y reproducción del grupo y satisfacer las necesidades adicionales de consumo de bienes que su estructura social

⁴ E.R. WOLF, *op. cit.*, 100 ss. Wolf parte de la concepción marxiana de los modos de producción, pero la reformula para adaptarla a los descubrimientos de las ciencias sociales posteriores a Marx y para darle una perspectiva más global (puesto que Marx se centra fundamentalmente en la realidad europea).

⁵ E.R. WOLF, *Los campesinos*, Labor, 1971, 13-20, hace referencia al mínimo calórico para restablecer la energía perdida, el “fondo de reemplazo” (que permite restablecer los medios de producción), el “fondo ceremonial” (que atiende a las necesidades de relación social) y el “fondo de renta” (que consiste en el excedente tomado por las élites extractivas en las sociedades tributarias).

haya generado.

En los modos distintos del capitalismo, las relaciones económicas de intercambio en el mercado son marginales (y a veces, incluso inexistentes)⁶. Antes de que se estableciera el orden económico capitalista, todos los sistemas económicos se organizaban en torno a otros mecanismos de producción y distribución de bienes, como la ya mencionada producción doméstica (*householding*), las relaciones de reciprocidad entre grupos humanos simétricos y la redistribución en torno a una autoridad política⁷. Los mercados locales, constituidos para la circulación de determinados excedentes al margen de las relaciones estructuradas entre familias y clanes, se referían a una fracción minúscula del conjunto de las relaciones económicas. En las sociedades en las que el “comercio” adquiere una cierta importancia, se trata fundamentalmente de comercio “exterior” – de larga distancia –, como resultado de la distribución geográfica de los bienes⁸ y no de un medio de integración económica de la sociedad para generar la supervivencia humana.

En el modo capitalista de producción, se reduce significativamente el papel de la producción doméstica, de la reciprocidad y de la redistribución y se establece como mecanismo básico de integración económica el intercambio realizado en los “mercados” instituciones sociales en donde los participantes intentan maximizar el beneficio económico⁹.

⁶ «In spite of the chorus of academic incantations so persistent in the nineteenth century, gain and profit made on exchange never before played an important part in human economy. Though the institution of the market was fairly common since the later Stone Age, its role was no more than incidental to economic life» (K. POLANYI, *The Great Transformation*, Beacon Press, 2001, 45, publicado originalmente en 1944).

⁷ «Broadly, the proposition holds that all economic systems known to us up to the end of feudalism in Western Europe were organized either on the principle of reciprocity or redistribution, or *householding*, or some combination of the three» (*ibidem*, 57). «La reciprocidad denota movimientos entre puntos correlativos de agrupamientos simétricos; la redistribución designa los movimientos de apropiación hacia un centro y luego hacia el exterior; el intercambio hace referencia aquí a movimientos viceversa en un sentido y en el contrario que tienen lugar como entre “manos” en el sistema de mercado. La reciprocidad, pues, presupone como trasfondo agrupamientos simétricamente dispuestos; la redistribución depende de la presencia en alguna medida de centralidad en el agrupamiento; el intercambio, con objeto de producir integración, precisa de un sistema de mercados que formen los precios. Resulta aparente que los distintos modelos de integración presuponen apoyos institucionales concretos» (K. POLANYI, *El sistema económico como proceso institucionalizado*, en P. MORENO FELIÚ (comp.), *Entre las gracias y el molino satánico. Lecturas de Antropología Económica*, Uned, 2004).

⁸ K. POLANYI, *The Great Transformation*, 61-62.

⁹ Cuando una persona es invitada a una boda, tiene la obligación social de aportar un “regalo” (en bienes o en dinero) y al mismo tiempo es beneficiaria de un “convite”. Este intercambio económico se basa en la reciprocidad, de manera que los participantes

La familia sigue siendo la unidad básica de reproducción y consumo, pero la empresa capitalista se convierte en la unidad básica de producción. La empresa “compra” los factores de producción en el mercado y moviliza el trabajo humano en interacción con la naturaleza para producir bienes o servicios que se venden en el mercado, tratando de maximizar el beneficio de la operación. Por su parte, los “trabajadores”, como se ha dicho, no tienen acceso a los medios de producción ni producen para sí mismos, sino que “venden” su fuerza de trabajo en el mercado a las empresas a cambio de una percepción económica denominada “salario”, que utilizan para satisfacer sus necesidades – las necesidades básicas y las generadas por el sistema para autorreproducirse –, comprando bienes y servicios en el mercado a las propias empresas capitalistas¹⁰.

La construcción de una “economía de mercado” no ha surgido espontáneamente fruto de la expansión de una supuesta tendencia “natural” humana al intercambio mercantil, sino que deriva de un proceso histórico, social y político determinado y de una serie de cambios institucionales¹¹. Este proceso requiere que los factores de producción – trabajo, tierra y dinero – se “liberen”, es decir, que sometan a las reglas del intercambio en el mercado, rompiendo así con las regulaciones históricas de los regímenes precapitalistas, que, por lo general, lo impedían¹². Para ello debe partirse de la ficción de que estos factores son “mercancías” – bienes producidos para el mercado – a pesar de que, en términos empíricos no lo son¹³.

normalmente no pretenden obtener beneficio; lo que se busca, en principio, es el equilibrio de prestaciones, modulado por factores relacionados con la relación social que los une y que pueden justificar, por ejemplo, que el importe del regalo pueda ser superior al del convite. En cambio, cuando alguien va a comprar su regalo de bodas, el intercambio se rige por relaciones de mercado en las que los participantes pretenden maximizar el beneficio y se aplican las reglas de la oferta y la demanda (si el comprador ve el mismo artículo en dos tiendas a distintos precios, cogerá el más barato, *ceteris paribus*).

¹⁰ «La fuerza de trabajo es, pues, una mercancía que su propietario, el obrero asalariado, vende al capital. ¿Para qué la vende? Para vivir» (K. MARX, *op. cit.*).

¹¹ K. POLANYI, *The Great Transformation*, cit., 60.

¹² «La fuerza de trabajo no ha sido siempre una *mercancía*. El trabajo no ha sido siempre trabajo asalariado, es decir, *trabajo libre*» (K. MARX, *op. cit.*). Sobre el proceso histórico de liberación del trabajo y de la tierra en España, *vid.* P. LÓPEZ CALLE, *La constitución del trabajo como mercancía: el caso español*, en *Areas*, 2012, n. 31, 81-84.

¹³ «The crucial point is this: labor, land, and money are essential elements of industry; they also must be organized in markets; in fact, these markets form an absolutely vital part of the economic system. But labor, land, and money are obviously not commodities; the postulate that anything that is bought and sold must have been produced for sale is emphatically untrue in regard to them. In other words, according to the empirical

En concreto, el trabajo humano no es más que la actividad humana, es decir el ser humano mismo, contemplado en términos dinámicos¹⁴. Para comprender la razón y el sentido del Derecho del Trabajo es conveniente profundizar de manera particular en los procesos históricos y sociales que determinan la conversión del trabajo humano en “mercancía” apta para el intercambio en el mercado y que consolidan la “relación salarial” como la relación social básica para el sostenimiento económico de la sociedad.

2.2. La consolidación y normalización de la “relación salarial”

El “trabajo asalariado”, en sí mismo considerado, no es exclusivo del modo de producción capitalista. En sociedades tributarias que alcanzaron un cierto grado de división del trabajo y especialización funcional había personas que se habían visto privadas de la posesión de la tierra (o que tenían una posesión muy limitada que no garantizaba sus “necesidades”). Estas personas garantizaban su subsistencia y “bienestar” poniéndose al servicio de otras. Frecuentemente, este servicio se recompensaba con prestaciones directas en especie, pero, en determinados casos, cuando los mercados locales estaban suficientemente desarrollados, el “patrón” podía retribuir parte de ese servicio por medio de un “salario”, que, en este caso, permitía al trabajador satisfacer algunas de sus necesidades comprando o intercambiando bienes y servicios en dichos mercados. Normalmente, la “salarización” no era total, sino que se complementaba con la autoproducción o con relaciones de reciprocidad o redistribución; en muchos casos, los campesinos se limitaban a complementar sus ingresos ordinarios trabajando para otras personas en temporadas en que no podían cultivarse los campos (así, por ejemplo, los obreros que construyeron los famosos monumentos funerarios del Antiguo Egipto). Por supuesto, estas formas incipientes de “trabajo asalariado” implicaban la existencia de conflictos sociales e incluso, en algunos casos, la

definition of a commodity they are not commodities. Labor is only another name for a human activity which goes with life itself, which in its turn is not produced for sale but for entirely different reasons, nor can that activity be detached from the rest of life, be stored or mobilized; land is only another name for nature, which is not produced by man; actual money, finally, is merely a token of purchasing power which, as a rule, is not produced at all» (K. POLANYI, *The Great Transformation*, cit., 75).

¹⁴ «[...] la fuerza de trabajo en acción, el trabajo mismo, es la propia actividad vital del obrero, la manifestación misma de su vida» (K. MARX, *op. cit.*). En el mismo artículo, Marx expresa gráficamente que la fuerza de trabajo «solo toma cuerpo en la carne y sangre del hombre».

aplicación de lo que hoy llamaríamos “medidas de conflicto”¹⁵. Por lo tanto, requerían también de mecanismos de regulación de los diversos intereses en juego, de canalización del conflicto y de legitimación de los mecanismos de movilización social del trabajo. Sin embargo, estas formas de regulación guardan muy poca o ninguna relación con lo que hoy llamamos “Derecho del Trabajo”, porque la existencia de asalariados no implicaba en realidad que el trabajo estuviera organizado en torno a mercados autorregulados, regidos por las “leyes de la oferta y la demanda”.

En efecto, hasta la Revolución Industrial, la presencia de trabajadores “asalariados” era absolutamente marginal en el conjunto de la economía y, como ya se ha dicho, su “salarización” era en muchos casos parcial. Por otra parte, su papel era totalmente periférico en las conceptualizaciones ideológicas del trabajo y sus condiciones vitales eran absolutamente heterogéneas y no estaban generalmente ligadas a las “leyes del mercado”¹⁶.

Como es sabido, para convertir a los productores primarios en “asalariados” fue necesario “liberar” la fuerza de trabajo de las formas de regulación tradicional (gremiales y señoriales) que estaban vigentes en Europa y, al mismo tiempo, disolver los mecanismos locales de integración social que permitían cubrir determinados riesgos sociales de las clases trabajadoras, pero que afectaban negativamente a las posibilidades de movilización del trabajo¹⁷. De este modo, las filas del proletariado se nutrieron inicialmente de las masas “desafiliadas” o desconectadas de la sociedad y de sus mecanismos de cobertura de riesgos, que se encontraban en una posición especialmente precaria; esta

¹⁵ Así, por ejemplo, en un papiro conservado en el Museo de Turín, se da cuenta de una “huelga” de los obreros que trabajaban en la necrópolis en Deyr el-Medina, durante el reinado del Faraón Ramsés III en el Antiguo Egipto, motivada por el retraso en el pago de los salarios; *vid.* F. CIMMINO, *Vida cotidiana de los egipcios*, Edaf, 2002, 254-256 (publicado originalmente en 1985).

¹⁶ «[...] la paradoja de estas sociedades anteriores a la revolución industrial consiste en que, si bien conocieron y desarrollaron formas diversas de situaciones salariales, no permitieron la constitución de una condición salarial [...] si bien se vuelve *cada vez más importante en términos cuantitativos*, el salariado se sigue siendo *estructuralmente periférico*, en relación a las formas legitimadas de la división del trabajo» (R. CASTEL, [Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado](#), Paidós, 1995, 117, última consulta 18/04/2019).

¹⁷ «El movimiento histórico que transforma en asalariados a los productores se presenta, por lo tanto, como su emancipación de la servidumbre y del régimen de los gremios. Por otra parte, si estos emancipados se venden a sí mismos es porque se ven obligados a ello para vivir, porque han sido despojados de todos los medios de producción y de todas las garantías de existencia ofrecidas por el antiguo orden de cosas» (K. MARX, *El capital*, Antalbe, 1986, 229, publicado originalmente en 1867).

precariedad se acentuó con la aplicación de la normativa represora del vagabundeo que obligaba a los menesterosos a someterse a un patrón. La débil posición negociadora y organizativa de los primeros asalariados permitió que se produjeran situaciones de explotación y coacción extremas¹⁸, que finalmente fueron conocidas por la sociedad “cultura” a partir de las descripciones del “pauperismo” que se generalizaron durante el siglo XIX.

En este contexto, la instauración del modo de producción capitalista en las economías avanzadas tras la Primera Revolución Industrial no implicó, ni mucho menos, una estabilización de la relación salarial estructurada como mecanismo básico de subsistencia.

Las fábricas del siglo XIX – e incluso las de principios del siglo XX – se caracterizaban por una elevadísima inestabilidad del personal, tasas de explotación muy altas y salarios muy bajos. En este contexto, los “obreros” no terminaban de someterse a la disciplina del trabajo asalariado ni, en realidad, respondían al modelo teórico del *homo oeconomicus*, individuo completamente disponible para el mercado de trabajo a fin de maximizar sus ingresos. A menudo, el trabajo se prestaba de modo inestable e intermitente, cuando el “obrero” no tenía más remedio que hacerlo, en función de distintas coyunturas personales y de las necesidades del momento, de modo que las tasas de rotación eran muy elevadas¹⁹. Por otra parte, el trabajo se seguía prestando en muchos casos

¹⁸ «[...] en las primeras concentraciones industriales, las condiciones de trabajo eran tales que, para llegar a aceptar esas “ofertas” de empleo, uno tenía que sufrir la más extrema sumisión a la necesidad, y los desdichados reclutados de este modo sólo aspiraban a irse lo antes posible de esos lugares de desamparo. Una vez más, no se estaba muy lejos de la figura del vagabundo. En efecto, las primeras concentraciones industriales parecen haber reclutado una parte importante de sus obreros en el seno de las poblaciones nómadas de desafiados, y también entre las mujeres y los niños, más intimidables, o incluso con menos oportunidades de escapar de esas condiciones de trabajo. Era entonces “normal” que el ejercicio de la coacción haya sido allí particularmente implacable» (R. CASTEL, *op. cit.*, 130).

¹⁹ R. CASTEL, *op. cit.*, 273, caracteriza la relación salarial de los inicios de la industrialización con los siguientes elementos: ingreso mínimo que garantizaba solo la reproducción de la clase obrera y que no permitía invertir en consumo, inestabilidad de la relación de trabajo y carácter débil de los vínculos del trabajador con la empresa (cambios de lugar de trabajo, alquiler al mejor postor si era posible, descansos no estructurados si el trabajador podía sobrevivir sin incorporarse al trabajo industrial, etc.). A modo de ejemplo, incluso a principios del siglo XX, en la industria automovilística de Detroit se contrataba a los obreros “al día” y la rotación era extraordinariamente elevada (B. CORIAT, *El taller y el cronómetro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la población en masa*, Siglo XXI de España, 1982, primera edición en francés de 1979). *Vid.*, asimismo, R. CASTEL, *op. cit.*, 273.

en espacios rurales o semi-rurales y los asalariados obtenían de la autoproducción doméstica – o del trabajo estacional en el campo – una parte significativa de los bienes de consumo de primera necesidad; de hecho, en muchos casos esto permitió a los empresarios pagar salarios inferiores al coste de restitución de la fuerza de trabajo²⁰. Lógicamente, dado su estado de miseria, los obreros normalmente no podían comprar en el mercado mercancías que no fueran estrictamente necesarias, de modo que, en definitiva, sus niveles de participación en el mercado como consumidores eran muy bajos.

En realidad, la “relación salarial” se va consolidando de manera progresiva en las economías capitalistas avanzadas como el modo de vida generalizado de las masas a lo largo del siglo XX, con la configuración del modelo productivo que se ha dado en llamar “fordista”.

Normalmente, suele considerarse que el Derecho Social surge como “consecuencia” de las primeras fases de “salarización” del trabajo humano, puesto que en gran medida aparece como reacción frente a las condiciones de miseria a las que se había sometido a estos primeros “obreritos asalariados” en el marco del capitalismo. En cierta medida, esta idea es correcta, pero, en realidad, también sucede al contrario, esto es, que el Derecho del Trabajo ha operado como “causa” de la salarización de la sociedad, en la medida en que ha contribuido de manera significativa a la expansión, estabilización y plenitud de la relación salarial como forma básica de la organización económica y social²¹.

En primer lugar, la aparición de las primeras instituciones de intermediación laboral formalizadas permite distinguir con claridad a la población activa de la inactiva, sometiendo a los inactivos válidos para el trabajo a formas de tutela coactivas destinadas a insertarlos de manera efectiva en el mercado²².

En segundo lugar, la regulación heterónoma del contrato de trabajo – por vía legal o colectiva – implica la estabilización de la relación de trabajo²³, que, así, se hace continuada en el tiempo y se estructura en torno a un estatuto específico de derechos que normaliza la condición asalariada²⁴.

²⁰ B. CORIAT, *op. cit.*, 62-64; R. CASTEL, *op. cit.*, 281.

²¹ «[...] este paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho conlleva también la culminación del proceso de transición del feudalismo al capitalismo» (P. LÓPEZ CALLE, *op. cit.*, 90).

²² R. CASTEL, *op. cit.*, 275-277.

²³ «A significant effect of collective bargaining, supported by employment legislation, was to stabilize the employment of industrial workers by discouraging lay-offs and other suspensions of work» (S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005, 99).

²⁴ R. CASTEL, *op. cit.*, 284-285.

En tercer lugar, la aparición en muchos países de “régimenes de bienestar”, ligados al trabajo (aseguramiento de jubilación, invalidez, enfermedad, etc.) permite insistir en la distinción entre población activa e inactiva, así como estabilizar la prestación de servicios y el vínculo con el empresario. Por otra parte, facilita que la supervivencia se termine disociando de la producción doméstica y hasta cierto punto, de la ayuda familiar²⁵.

En cuarto lugar, la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los obreros y el aumento de los salarios, no solo permite liberar a los trabajadores de la “autoproducción doméstica”, dado que terminan comprando en el mercado los bienes que necesitan para vivir, sino que, además, los convierten en una nueva categoría de “consumidores”, que retroalimenta la producción masiva de servicios y mercancías²⁶ y se configura como esencial para la reproducción del modo de producción capitalista.

En este contexto, el asalariado se convierte en un verdadero *homo oeconomicus*, que debe maximizar su salario para maximizar su capacidad de consumo. Como se ha visto, en todas las sociedades, las personas se esfuerzan por atender, no solo sus necesidades vitales básicas, sino también una serie de necesidades generadas por el orden social en el que se integran. Lo que sucede en la “sociedad de consumo” es que estas necesidades adicionales son virtualmente infinitas, porque no tienen ningún límite a priori. De este modo, el asalariado se disocia completamente de los vínculos tradicionales (conexión directa con la subsistencia, auto-producción autárquica y redes de reciprocidad), poniéndose plenamente al servicio del mercado de trabajo. Al mismo tiempo, el “consumismo” implica que la lógica de la integración en el mercado termina inundando completamente casi toda la vida del trabajador, incluyendo su tiempo de ocio²⁷.

2.3. Canalización del conflicto social en el orden capitalista

El modo de producción capitalista, caracterizado por “la economía de mercado”, por la consolidación de la relación laboral y por la mercantilización del uso de la fuerza de trabajo, implica por su propia

²⁵ *Ibidem*, 282-283.

²⁶ *Ibidem*, 280-281.

²⁷ «[...] con ello, permiten subsumir definitivamente en la lógica de la acumulación de capital todo el tiempo de trabajo y de no trabajo del conjunto del obrero colectivo de un Estado determinado» (P. LÓPEZ CALLE, *op. cit.*, 93).

configuración, determinadas disfunciones sociales, contradicciones y conflictos. Estos conflictos son distintos de los que se producen en otros modos de producción y, por tanto, requieren que la regulación que los canaliza asuma perfiles específicos.

En primer lugar, las relaciones de intercambio en el mercado son inherentemente conflictivas, puesto que sitúan a los participantes en posiciones competitivas, dado que ambos desean obtener el máximo beneficio del intercambio. En este contexto, aunque el mero hecho del intercambio implica – al menos formalmente – una mínima confluencia de intereses, ambas partes tienen intereses opuestos en lo que refiere a la determinación del precio. En todo caso, aunque la gestión de este conflicto de intereses exige que se configure algún tipo de regulación, si no existieran elementos de confrontación adicionales, bastaría con aplicar el Derecho Civil o, en su caso, el Derecho Mercantil.

En segundo lugar, la consideración ficticia del factor trabajo como una mercancía que puede ser comprada y vendida en el mercado resulta muy problemática porque, como hemos señalado anteriormente, el trabajo no es más que la actividad humana, es decir, el ser humano mismo en su interacción con la sociedad y la naturaleza. Así pues, el trabajador no puede, en realidad, dissociarse de su trabajo (puede separarse de los frutos del trabajo, pero no del trabajo en sí mismo). En la relación salarial – al contrario de lo que sucede en la esclavitud – la empresa no se apropia del trabajador como individuo, dado que solo necesita de su fuerza de trabajo. No obstante, para movilizar esta fuerza de trabajo y aplicarla a la producción, necesita ejercer, *de facto*, alguna forma de control real sobre el trabajador mismo. Por consiguiente, el modo capitalista exige que el asalariado se encuentre en una posición de subordinación frente al empresario.

La relación es siempre asimétrica – porque de lo contrario no nos encontraríamos ante una relación salarial – y esta asimetría está presente siempre, con independencia de que haya otros elementos que puedan modular el poder real de las partes; determinados trabajadores muy concretos pueden tener un poder de negociación muy amplio y, por otra parte, determinados empresarios pueden encontrarse en una posición de debilidad por sus circunstancias particulares, pero estos elementos solo matizan el equilibrio de fuerzas en un vínculo que es, por definición, desigual. Por otra parte, la relación salarial es siempre, hasta cierto punto, alienante, puesto que separa al trabajador de sí mismo y del control sobre su propia vida en la medida en que está sometido a otro durante la jornada laboral; por supuesto, también aquí puede haber grados distintos de alienación en función de las circunstancias particulares, pero esto no

impide la tendencia general que tiene cualquier trabajo asalariado a provocar una cierta desconexión entre la autoconciencia del trabajador y la actividad que realmente desempeña (de un modo u otro, todo trabajo se siente como “obligado”).

Estas contradicciones tienden a generar conflictos, disfunciones y malestar en la experiencia vital del asalariado. Pero también generan conflicto desde el punto de vista del empresario, puesto que la fuerza de trabajo no es un factor de producción inanimado que pueda, en la práctica manipularse libremente sin ningún tipo de resistencia. El empresario debe luchar por “controlar” efectivamente la actividad laboral, a través de diversos medios (coercitivos y disciplinarios, organizativos, persuasivos, contractuales, etc.), para conseguir aplicar la actividad del trabajador al esfuerzo productivo conjunto de la empresa. En este marco, la eficacia de los métodos puramente coactivos (imposición) o puramente comunicativos (sugestión) resulta francamente limitada, resultando oportuno acudir a mecanismos – individuales o colectivos – de reciprocidad contractual, individual o colectiva²⁸. Esta tensión entre el control del empresario y la resistencia al poder del trabajador está también presente en cualquier relación salarial, con independencia de la mayor o menor intensidad del conflicto.

En tercer lugar, esta situación de poder real ejercido por el titular de los medios de producción tiene consecuencias concretas sobre los individuos, los grupos sociales y, en último término, sobre la sociedad como un todo. Por supuesto, el salario establecido afecta a las garantías de subsistencia, salud y bienestar de los trabajadores y a su capacidad de consumo; la estabilidad o inestabilidad del vínculo afecta necesariamente a su situación vital y familiar; las condiciones de trabajo afectan notablemente a la salud y el bienestar personal de los trabajadores y pueden incluso poner en peligro su vida; el tiempo de trabajo afecta a las posibilidades de reproducción de la unión familiar y a las relaciones en el seno de los grupos familiares, etc. Desde el punto de vista del empresario, la insatisfacción y el descontento pueden afectar negativamente a la

²⁸ La coacción es el ejercicio legítimo o ilegítimo del poder del empresario para someter la voluntad de los trabajadores; la sugestión es el despliegue de técnicas propagandísticas para persuadir a los trabajadores de que sus intereses coinciden con los de la empresa; el compromiso contractual implica el reconocimiento de la existencia de intereses diferenciados y a menudo contradictorios, de modo que el control de la conducta del trabajador requiere incentivos materiales o simbólicos que afecten realmente al bienestar del trabajador. Normalmente, los empresarios utilizan una combinación de estas tres estrategias. Me he ocupado con más detalle de este tema en *El papel de la autonomía efectiva de la voluntad del trabajador en la gestión del cambio empresarial*, en J. CABEZA PEREIRO (dir.), *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Aranzadi, 2017, 328-331.

productividad de los trabajadores.

En cuarto lugar, no solo existe una relación de subordinación “individual” del asalariado respecto al titular de los medios de producción, sino que también existe una dependencia absoluta respecto al mercado de trabajo y en lo que refiere a la condición salarial misma²⁹, que implica, en principio, desprotección frente a los riesgos sociales. El trabajo asalariado es el medio básico de integración de las personas en la sociedad, lo que se ve acentuado por la desaparición de las tutelas tradicionales y por la descomposición de las familias extensas que operaban cuando la familia era unidad de producción. Así pues, la exclusión del mercado de trabajo (debido al desempleo, la discapacidad, la discriminación o cualquier otra causa) genera precariedad vital, exclusión social y disfunciones personales y sociales de todo tipo, si no se establece un sistema redistributivo de cobertura de riesgos sociales. Por otra parte, la división sexual entre el trabajo productivo – en el mercado – y el trabajo reproductivo de la unidad doméstica mantiene y acentúa la posición subordinada de las mujeres.

En quinto lugar, el modo de producción capitalista, al mismo tiempo que provoca todas estas disfunciones, sitúa – al menos en sus primeras fases – a los asalariados en posiciones de interés hasta cierto punto similares y los agrupa en un mismo espacio físico, donde organiza sus esfuerzos de manera coordinada. La inmensa mayoría de los asalariados no puede influir realmente en la realidad que les afecta si no lo hace de manera organizada y, por otra parte, este hecho se ve corroborado por su experiencia real en el ámbito de la producción industrial³⁰. Por todo ello, es muy frecuente que en las sociedades en las que se implanta el modo capitalista, una parte de los asalariados se termine organizando para defender de manera colectiva sus intereses comunes, ya sea en función de su profesión u oficio, de la empresa, de su rama de actividad o, de manera más amplia del conjunto de los asalariados. Así pues, el “movimiento

²⁹ «Pero el obrero, cuya única fuente de ingresos es la venta de su fuerza de trabajo, no puede desprenderse de *toda la clase de los compradores*, es decir, *de la clase de los capitalistas*, sin renunciar a su existencia. No pertenece a tal o cual capitalista, sino a la *clase capitalista en conjunto*, y es incumbencia suya encontrar un patrono, es decir, encontrar dentro de esta clase capitalista un comprador» (K. MARX, *Trabajo asalariado y capital*, cit.).

³⁰ «[...] la clase obrera, al igual que el campesinado, consiste casi por definición en personas que no pueden provocar acontecimientos a menos que actúen colectivamente, aunque a diferencia de los campesinos, su experiencia laboral demuestra cada día que deben actuar colectivamente o no actuar en absoluto» (E. HOBBSAWM, *Notas sobre la conciencia de clase*, en E. HOBBSAWM, *El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*, Crítica, 1987; la recopilación original en inglés es de 1984 y el ensayo de 1971).

sindical” configura y exterioriza una nueva forma de conflicto (el conflicto colectivo), presionando a los empresarios y al Estado para defender los intereses abstractos de grupos genéricos de trabajadores.

En sexto lugar, los conflictos anteriormente mencionados adquieren también una dimensión política, afectando a la competición de distintos grupos por el ejercicio del poder. Primero, aparecen movimientos contestatarios que desestabilizan el poder con su actividad “violenta” o que incluso plantean la amenaza creíble de la sustitución del modo de producción capitalista por un régimen socialista a partir de un proceso revolucionario; así pues, se percibe que resulta necesario atender a las disfunciones del sistema para poder mantenerlo. Una vez reconocido el sufragio universal (necesario para legitimar el poder del Estado sin ejercer físicamente la violencia), los partidos obreros entran en la batalla política “legal” y, por tanto, se acentúa la presión sobre las fuerzas conservadoras del orden existente para que gestionen eficazmente el conflicto social si pretenden conservar el poder. A pesar de que estos partidos “obreros” terminan por asumir posiciones de gobierno y, por tanto, por integrarse plenamente en el sistema, la competencia electoral entre los distintos partidos se mantiene y las distintas vías que se propongan para canalizar el conflicto social pueden orientar el voto de los ciudadanos; así pues, tanto los partidos “socialdemócratas” como los partidos “demócrata-cristianos” incluían en sus programas aspectos relacionados con la protección laboral y social de los asalariados. En la actualidad, a esta competencia electoral se añaden también partidos “populistas” – o, en su caso nacionalistas, identitarios o fundamentalistas religiosos – que se nutren del descontento de la población y que, en algunos casos, se definen por oposición al marco social generado por el capitalismo, aunque generalmente, no de manera tan estructurada como los movimientos revolucionarios. Así pues, si los partidos en el poder no corrigen las disfunciones generadas por el sistema, estos grupos pueden ganar protagonismo y quizás amenazar las condiciones en las que se produce el régimen de acumulación (por ejemplo, la expansión de los mercados).

3. La formulación contradictoria de las funciones del Derecho del Trabajo

Estos conflictos sociales derivados del modo de producción capitalista y de la extensión de la “relación salarial” se empiezan a manifestar de manera muy temprana con la progresiva implantación de la Revolución Industrial. Desde el primer momento, se producen algunas formas de

regulación de las relaciones de trabajo asalariado y de la cobertura de riesgos sociales, que, en algunos casos, han servido de embrión para regulaciones posteriores. Sin embargo, lo que conocemos como “Derecho del Trabajo” es básicamente un producto del siglo XX y surge a partir de las circunstancias históricas particulares de este momento histórico³¹, con un programa ideológico y político concreto que podríamos identificar como el “reformismo social”³².

El “reformismo social” parte del reconocimiento de que el conflicto social es inherente al orden económico capitalista y que no puede desaparecer³³. También parte de la aceptación – al menos a los efectos prácticos inmediatos – de este modo de producción; algunos reformistas procuraban activamente la conservación de este orden y otros pretendían su superación paulatina, pero todos lo aceptaban como escenario real en el que se desenvuelven las políticas sociales. Así pues, la función del Derecho del Trabajo es la canalización continua del conflicto social – pero sin suprimirlo por completo, dado que esto es imposible –, manteniendo el orden económico capitalista, pero suavizando algunas de sus consecuencias destructivas sobre la sociedad³⁴.

Salta a la vista que la formulación abstracta de la función general del Derecho del Trabajo (canalizar el conflicto sin suprimirlo y humanizar el capitalismo sin sustituirlo) parece contradictoria y paradójica. En realidad, esta configuración contradictoria responde más bien a su propósito de

³¹ A grandes rasgos podríamos mencionar: la Segunda Revolución Industrial, el crecimiento de la industria y de la población asalariada, el llamado “nuevo sindicalismo” surgido a finales del siglo XIX, la creciente conciencia de las disfunciones del capitalismo decimonónico a partir de las descripciones del “pauperismo”, la consolidación de los movimientos obreros revolucionarios (y su posterior triunfo en Rusia en 1917), etc.

³² «The discipline of labour law derives from the early twentieth century and its structure reflects its origins in a particular political Project of social reform» (S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 1).

³³ «El conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad industrial y, por ello, a las relaciones laborales. Los conflictos de intereses son inevitables en todas las sociedades. Existen normas para resolverlos, pero no pueden existir normas para eliminarlos» (O. KAHN FREUND, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1987, 65, publicado originalmente en inglés en 1972).

³⁴ «El nuevo cuerpo normativo integrador habría de cumplir, así pues, la trascendental misión de imponer a la contradicción de intereses un cauce de desenvolvimiento compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestras de la sociedad burguesa» (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Caja Duero, 2004, 37, ensayo publicado originalmente en *Relaciones Laborales*, 2000, n. 13).

buscar un punto de equilibrio entre fuerzas e intereses contrapuestos³⁵. Por otra parte, como consecuencia de esta tensión entre ideas opuestas, los objetivos más concretos que se desprenden de esta función general, pueden formularse también de manera contradictoria.

3.1. La desmercantilización como estrategia para producir y reproducir el mercado

En el discurso reformista que configura el Derecho del Trabajo, se expresa con absoluta claridad la idea de que el trabajo humano no debe ser considerado como una mercancía y que, por tanto, los trabajadores no deben ser tratados como si fueran un recurso inanimado³⁶. En efecto, toda la legislación laboral y de la seguridad social tiende a “desmercantilizar” o “humanizar” al trabajador, proporcionando espacios de dignidad frente a las consecuencias disfuncionales de su conversión en un mero factor de producción sometido a las leyes abstractas de la oferta y de la demanda³⁷. Aunque esta perspectiva de análisis es correcta, resulta también incompleta. De lo anterior no puede realmente deducirse que el Derecho del Trabajo opere globalmente como una fuerza “contraria al mercado”, como se concibe desde la ideología neoliberal y a menudo incluso desde las propias posiciones reformistas. Según esta perspectiva limitada, el Derecho del Trabajo se considera como un conjunto de “restricciones” – más o menos oportunas – que se imponen al “libre” juego de la oferta y la demanda en un mercado concebido idealmente como un orden espontáneo, “natural” y autorregulado, separado formalmente de la sociedad. En este contexto, la intervención de la legislación en un sistema supuestamente ajeno a ella se percibe como una especie de “invasión

³⁵ «[...] el dato trascendental que explica la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación e institucionalización en el conflicto social, no es otro que el equilibrio estructural entre los intereses de sus protagonistas que propone» (*ibidem*, 38).

³⁶ H. SINZHEIMER, *Crisis económica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, 73 (ensayos publicados originalmente en 1922, 1927, 1930 y 1933). En el ámbito de la OIT, la Declaración de Filadelfia de 1944 manifiesta – “reafirma” – que esta organización se basa en el principio de que el trabajo no es una mercancía.

³⁷ «To argue that social legislation, factory laws, unemployment insurance, and, above all, trade unions have not interfered with the mobility of labor and the flexibility of wages, as is sometimes done, is to imply that those institutions have entirely failed in their purpose, which was exactly that of interfering with the laws of supply and demand in respect to human labor, and removing it from the orbit of the market» (K. POLANYI, *The Great Transformation*, cit., 176).

extranjera”, es decir, como una disrupción del campo económico por parte de los subsistemas jurídico y político.

Como hemos visto *supra*, ni el mercado ni la economía de mercado, ni la oferta ni la demanda pueden considerarse como realidades “espontáneas” y “naturales” (en el sentido de no artificiales), dado que son construcciones sociales producidas por las personas y los grupos humanos y que requieren un marco político y constitucional de apoyo. Sin duda, la configuración de la economía de mercado requiere de la acción política materializada en normas jurídicas³⁸.

En lo que refiere al mercado de trabajo, como se vio anteriormente, la intervención institucional se ha materializado en dos etapas: una primera etapa de “liberación del trabajo” – a través de cauces políticos y jurídicos – para hacer posible la relación salarial y, posteriormente, una segunda etapa de consolidación de dicha relación salarial, que ha sido posible gracias al Derecho Social y que ha vinculado completamente a los productores con los mercados en su doble dimensión de asalariados y consumidores. En este contexto, el Derecho del Trabajo, en primer lugar, hace posible el mercado y, en segundo lugar, permite corregir sus ineficiencias³⁹. De hecho, incluso algún autor ha definido, de manera provocadora, el Derecho del Trabajo como el conjunto de técnicas de regulación destinadas a maximizar la eficacia de los mercados⁴⁰.

Así pues, manteniendo la formulación paradójica, el Derecho Social opera

³⁸ AA.VV., *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law*, en *Journal of Comparative Economics*, 2017, vol. 45, n. 1, *per totum*.

³⁹ «[...] redistribution is held not to reverse the unpleasant results of the market, but rather to provide the preconditions for the market working in the first place. From this perspective, we would suggest, many of the redistributive and protective rules of labour law have a *market-creating* function [...]. Unregulated markets contain within them the seeds of their own destruction. In the terms of spontaneous order, the symbiotic relationship between the general and particular mechanisms can break down. The market loses its capacity for self-correction. Externalities causing losses beyond the exchange, which cannot be internalized because of high transaction costs, reduce aggregate well-being. Persistent inequalities mean that groups and individuals lack the resource endowments to enter the market in a meaningful way. In an extreme case, the market will destroy itself unless these negative effects are counter-acted by non-market institutions in the form of regulation and redistribution. In a less extreme case, the market order will continue to function, but will fail to provide adequate economic opportunities for an increasingly large segment of the population» (S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 284).

⁴⁰ «Labour and employment law is the collection of regulatory techniques and values that are properly applied to any market that, if left unregulated, will reach socially sub-optimum outcomes because economic actors are individuated and cannot overcome collective action problems» (A. HYDE, *What is Labor Law?*, en G. DAVIDOV, B. LANGILLE (ed.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, 2006, 53).

“contra el mercado” – interviniendo en las condiciones de oferta y demanda que se habrían generado sin su intervención – pero en último término termina actuando “a su favor”⁴¹, porque consigue que el mercado sea posible, vincula radicalmente a las personas al mercado como productores y consumidores y maximiza la eficacia social del mercado de trabajo.

3.2. El control del poder empresarial para reforzar el sometimiento a dicho poder

El poder que ejerce el titular de los medios de producción sobre el asalariado no surge históricamente de su reconocimiento jurídico-formal, sino que es un dato real de las relaciones sociales y se desprende automáticamente de la posición que ocupan empresarios y trabajadores en el modo de producción capitalista.

Cuando este poder se manifiesta, el Derecho tiene que “percibirlo” y conceptualizarlo de algún modo. Durante los siglos XVIII-XIX, esta interpretación se plantea en forma de regulaciones que refuerzan – a menudo de manera expresa y nada coherente con la ideología liberal – la posición de dominio personal del empresario, incrementando aún más sus posibilidades de ejercer coerción sobre los trabajadores.

En cambio, el Derecho del Trabajo surge en el siglo XX con una cierta voluntad “democrática”, si entendemos “democracia” como el proceso continuo de regulación, limitación y control de las manifestaciones de poder existentes en una sociedad. En este sentido, las democracias liberales se van redefiniendo progresivamente como “democracias sociales”, al reconocer distintos derechos (laborales y extralaborales) que permiten afrontar las disfunciones generadas por la “salarización” de la población.

Así, el Derecho del Trabajo reconoce que existe una marcada desigualdad de poder entre empresarios y asalariados y, por tanto, procura reequilibrar hasta cierto punto esta desigualdad⁴², lo que implica la “tutela”, la

⁴¹ «[...] así como el contrato de trabajo no articula realmente la compraventa de una mercancía, tampoco el derecho del trabajo y las protecciones sociales definen realmente una intervención real del Estado contra el Mercado, o se puede decir de otra manera: definen una relación de intervención del Estado contra el Mercado pero a favor del Mercado» (P. LÓPEZ CALLE, *op. cit.*, 93).

⁴² «[...] la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno. Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada [...]. El

“protección” o, con una formulación menos paternalista, el “empoderamiento” de los sujetos trabajadores. Este reequilibrio se produce fundamentalmente a través de la regulación heterónoma de las condiciones de trabajo, la institución de formas de representación de los intereses de los trabajadores, la negociación colectiva, la protección social y el establecimiento de entidades administrativas y judiciales para la resolución de los conflictos y la garantía de los derechos.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico, para limitar el poder empresarial, primero tiene que reconocerlo y, por tanto, legitimarlo socialmente. Lo que era inicialmente – en las primeras concentraciones industriales – una manifestación grosera de poder descarnado sobre las vidas de individuos marginales o excluidos, donde la violencia era patente y a menudo explícita, se convierte en un poder jurídico socialmente reconocido y admisible. Esta legitimación no es solo simbólica, sino también material, por cuanto que la limitación del poder lo normaliza y lo hace asumible como elemento básico y no periférico de la organización social de las sociedades contemporáneas. Así pues, aunque la formulación también parezca paradójica, limitando el poder del empresario, este se refuerza y se consolida.

3.3. Las restricciones a la libertad contractual para hacer el contrato posible

La narrativa tradicional respecto al origen y las funciones del Derecho del Trabajo normalmente parte de la consideración de que esta rama del ordenamiento adquiere autonomía respecto del Derecho Civil debido a que este resultaba inadecuado para gestionar el conflicto de intereses propio de la relación de trabajo asalariado, dado que partía de la consideración de la igualdad formal entre las partes y que, por tanto, no tomaba en consideración la desigualdad de poder inherente a la relación⁴³. Esta descripción contiene algo de verdad, puesto que explica adecuadamente en términos teóricos la diferencia sustancial que existe entre el Derecho Social y el Derecho Común formalista propio del liberalismo decimonónico y las razones de su independencia relativa. Sin embargo, no es del todo cierta en términos empíricos o históricos, porque

propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo» (O. KAHN FREUND, *op. cit.*, 52).

⁴³ Por todos, O. KAHN FREUND, *op. cit.*, 74.

no parece que ni la práctica ni, generalmente, el discurso de los actores sociales antes del surgimiento del Derecho del Trabajo haya partido nunca de la consideración de que empresario y trabajador fueran sujetos formalmente iguales, al menos en lo que refiere a los operarios manuales; la igualdad jurídico-formal en todo caso se refería a las relaciones de los asalariados de mayor status social que desempeñaban empleos de carácter intelectual. Seguramente, la igualdad entre patrones y obreros resultaría para el pensamiento mayoritario tan inconcebible como lo era en aquel momento la igualdad entre hombres y mujeres o la igualdad entre las llamadas “razas”.

No hay que olvidar que la afirmación inicial de la libertad y de la igualdad en la ideología liberal se orienta fundamentalmente a disolver los obstáculos de las viejas regulaciones respecto a la instauración de la sociedad de mercado. Por eso, aunque es cierto que la afirmación de la “libre voluntad de los contratantes” aparece de manera muy temprana, lo hace en términos retóricos precisamente para oponerse a la asociación obrera, pero no para instaurar realmente contratos libres entre iguales⁴⁴.

Ya se ha mencionado en estas páginas que la relación de subordinación de los asalariados es una cuestión de hecho y se llevó al extremo en las primeras concentraciones industriales, que reclutaban en gran medida a individuos excluidos de la sociedad que se encontraban en situaciones de extrema precariedad. El problema real de integración jurídica de estas personas no era el excesivo formalismo del Derecho Civil, sino más bien la propia relación de poder que se ejercía contra ellos y que estaba totalmente fuera del Derecho.

Desde luego, por muy diversos motivos, parece sencillamente unimaginable que estos primeros asalariados del capitalismo pudieran acudir al sistema judicial para invocar la aplicación del Derecho privado basado en la igualdad formal; el problema no es que el sistema judicial les proporcionara sentencias formalistas que aludieran a las condiciones pactadas en un hipotético “contrato”, sino que resultaba imposible acudir, en la práctica, a cualquier instancia jurídica para resolver sus conflictos de intereses con el empresario. Por supuesto, no es casualidad que la configuración del Derecho del Trabajo imponga desde fechas muy tempranas el establecimiento de instancias judiciales específicas para los conflictos laborales. Pero, en realidad, no se trata solamente de un problema de “eficacia real del Derecho” contemplado desde el paradigma

⁴⁴ Así el discurso de Le Chapelier en la Asamblea Nacional, recogido en la sesión de 14 de junio de 1791 en el debate de la aprobación de la conocida ley que lleva su nombre y que prohíbe los “cuerpos intermedios”: «Il faut donc remonter au principe que c'est aux conventions libres, d'individu à individu, à fixer la journée pour chaque ouvrier».

realista, porque, en realidad, las primeras regulaciones positivas del trabajo asalariado distaban mucho de consagrar la igualdad formal entre las partes. En la Francia de finales del Siglo XVIII, las normas locales establecían mecanismos de coerción para mantener a los trabajadores en el puesto de trabajo⁴⁵. Posteriormente, durante el siglo XIX, se aplicaron instituciones que claramente consagraban la desigualdad formal entre empleadores y trabajadores: la “libreta obrera” y los “reglamentos de taller”⁴⁶.

En el más avanzado e industrializado Reino Unido (y en todo el mundo anglosajón), hasta finales del siglo XIX, las relaciones entre los trabajadores manuales y sus empresarios no podían caracterizarse – ni siquiera desde un punto de vista formal – como “contractuales” o “recíprocas”, puesto que se regían por las *Master and Servant Acts*⁴⁷ y otras disposiciones, que consagraban formalmente la desigualdad entre las partes y que incluso llegaban a imponer sanciones penales por incumplimientos disciplinarios de los trabajadores. Solo a partir del siglo XX, las decisiones judiciales empiezan a extender a los trabajadores “de cuello azul” las previsiones que se habían ido desarrollando respecto a “empleados” que estaban excluidos de la legislación represiva⁴⁸.

Así pues, es el Derecho del Trabajo el que hace posible – no sin dificultades teóricas – la caracterización jurídica de la relación laboral como un “contrato”⁴⁹. Las contradicciones lógicas son inevitables y en último término derivan precisamente de la consideración ficticia de la fuerza de trabajo como una mercancía: los contratos se basan en la igualdad entre las partes, mientras que la relación de trabajo implica una desigualdad sustancial (consagrada formalmente en la formulación del poder de dirección y el correlativo deber de obediencia); los contratos se fundamentan en la libertad, pero el compromiso del asalariado implica en

⁴⁵ R. CASTEL, *op. cit.*, 129-130.

⁴⁶ «La libreta obrera quebraba la reciprocidad de los dos contratantes según el derecho civil. Era una “ley industrial” que le otorgaba al patrón un poder discrecional sobre la contratación [...]. Más derogatorio aún del derecho común era el reglamento de taller. Él expresaba claramente la voluntad de absorción de lo público en lo privado, característica de la tutela patronal». R. CASTEL, *op. cit.*, 215.

⁴⁷ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 42-44 y 61-74.

⁴⁸ *Ibidem*, 74-82.

⁴⁹ «[...] el contrato de trabajo – una relación social que pertenece genuinamente, podemos decir, al orden del Mercado – no se consolida legalmente hasta que no se acompaña del corpus jurídico del derecho social y del trabajo – limitaciones reglamentarias a la compraventa del trabajo que pertenecen, para utilizar la dicotomía clásica, más bien al orden del Estado –. Pareciera ser, como ha escrito algún jurista – si bien llegando a otras conclusiones –, que la contractualización formal de la relación laboral se produce justo en el momento en el que se reconoce que el contrato de trabajo no es exactamente una relación contractual» (P. LÓPEZ CALLE, *op. cit.*, 92).

realidad una renuncia a la autodeterminación de su actividad durante el período de trabajo⁵⁰.

El Derecho del Trabajo parte de la ficción jurídica de considerar esta relación de poder como un contrato libremente realizado entre sujetos iguales; de este modo, intenta introducir la aplicación del Derecho en una realidad de poder descarnado⁵¹. No obstante, al mismo tiempo que establece esta ficción, reconoce que la libertad y la igualdad no son reales⁵², de modo que configura mecanismos de “protección”, “tutela” o “empoderamiento” del trabajador (regulación imperativa, apoyo a la negociación colectiva, Estado del Bienestar, instituciones de solución de conflictos...). El juego combinado del reconocimiento formal del contrato y la relativa corrección de lo que sería la lógica puramente contractual consigue crear un mínimo espacio de dignidad, que permite, hasta cierto punto y con determinados límites, configurar al asalariado como un sujeto real de una relación contractual entre iguales constituida por obligaciones recíprocas. Una vez más, lo que se presenta formalmente como una paradoja, consiste más bien en la búsqueda de un complejo y variable equilibrio entre fuerzas contrapuestas.

4. La crisis contemporánea del Derecho del Trabajo

4.1. Factores determinantes del cambio

Prácticamente todos los autores coinciden en que el Derecho del Trabajo, tal y como se había desarrollado en el siglo XX y como se había consolidado en el modelo de “Estado Social” (al menos en las economías más avanzadas), desde hace varias décadas ha entrado en una profunda crisis, que afecta, con distintos niveles de intensidad, a todos los parámetros (políticos, ideológicos, económicos, tecnológicos y

⁵⁰ *Ibidem*, 91.

⁵¹ La relación de trabajo «Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por “contrato de trabajo” [...]. Es un intento de infundir el Derecho en una relación de mando y subordinación [...]. Esta es la realidad de las cosas, realidad que el lenguaje jurídico oculta. En éste el poder normativo y decisor que unilateralmente posee el empresario, se presentan como basados en un “contrato”, es decir, en la libre voluntad del empresario y del trabajador» (O. KAHN FREUND, *op. cit.*, 52 y 58-59).

⁵² P. LÓPEZ CALLE, *op. cit.*, 92; *cf.* O. KAHN FREUND, *op. cit.*, 59-62. «La igualdad de las personas es una creación conceptual, no una manifestación real» (H. SINZHEIMER, *op. cit.*, 61).

productivos) sobre los que se había construido este sector del ordenamiento jurídico⁵³.

El origen histórico del cambio puede situarse en la “crisis económica” de los años 70, que, más allá de los aspectos puramente coyunturales implicó cambios sustanciales en la organización de la producción como respuesta adaptativa de las empresas, así como en el debilitamiento y posterior derrumbe de los regímenes llamados “socialistas”, que instauró un nuevo orden en el sistema social global.

A partir de estos acontecimientos históricos, se desatan diversos fenómenos – en muchos casos, interconectados entre sí – que influyen considerablemente en las relaciones laborales y en la configuración del mercado de trabajo y de los sistemas redistributivos de protección social.

En primer lugar, se consolida el desempleo estructural masivo – con distintos grados de intensidad –, lo que pone en cuestión la “salarización” real de la población, genera exclusión social y, sobre todo, afecta radicalmente a la relación de fuerzas entre capital y trabajo en las sociedades más desarrolladas. En este contexto, el derrumbamiento del poder real de negociación – individual y colectivo – de los trabajadores, ha permitido la ruptura de los compromisos y equilibrios alcanzados durante el fordismo. En los últimos tiempos, el problema del desempleo se ha visto agravado por la continua automatización de procesos y la robotización, que siguen reduciendo las necesidades de mano de obra en relación con el volumen de la población asalariada, por más que se generen nuevos empleos asociados a las nuevas tecnologías.

En segundo lugar, el nuevo orden político mundial, el progreso tecnológico y las medidas políticas liberalizadoras de los mercados internacionales han implicado un desarrollo espectacular de las relaciones de intercambio más allá de las fronteras de los Estados-nación y de los mercados “nacionales” que se habían constituido en el siglo XIX y consolidado en el siglo XX, así como procesos de movilización internacional masiva de trabajadores y de capitales. Este fenómeno – denominado “globalización” o “mundialización” de la economía – ha supuesto un incremento exponencial de la competencia entre las empresas. El aumento de la presión competitiva sobre las empresas ha

⁵³ Mucho se ha escrito sobre este proceso de crisis en las últimas décadas y poco puedo aportar aquí aparte de hacer una síntesis general de los aspectos que considero más importante. Para una mayor profundización, puede acudir a estudios recientes como los que aquí, por todos, se citan: A. SUPLOT, *Las vías para una verdadera reforma del Derecho del Trabajo*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, n. 5, 500-519; J.L. MONEREO PÉREZ, *Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la “era de la flexibilidad”*, en *ibidem*, 2016, n. 5, 444-493.

sido otro de los factores que, sin duda, han puesto en peligro el pacto social consolidado en el siglo XX.

En tercer lugar, en este contexto de “globalización”, la liberalización de la circulación de capitales emprendida en los años 80 y 90 ha favorecido el fenómeno conocido como “financiarización de la economía”, que consiste básicamente en un predominio de los mercados de capital frente a todos los demás mercados. La financiarización afecta a la inversión en la economía productiva (lo que podría contribuir al desempleo), a las estrategias competitivas de las empresas (lo que afectará a las condiciones de trabajo) e incluso al Estado del Bienestar, en la medida en que las élites políticas y económicas tienden ahora a “liberalizar” – esto es, someter al mercado financiero – capitales de naturaleza pública que habían sido administrados conforme a la lógica de la redistribución.

En cuarto lugar, hay que tomar en consideración la “terciarización de la economía” en los países más desarrollados, así como los cambios organizativos y productivos que se han ido produciendo al hilo de las mencionadas presiones competitivas y del progreso tecnológico (crisis del fordismo, especialización flexible y, recientemente, “economía digital”). En las nuevas formas de organización empresarial se diluye la importancia de las grandes concentraciones de trabajadores en el mismo espacio físico y se incrementa notablemente la división del trabajo interempresarial (y entre los trabajadores) a través de la externalización productiva y del trabajo en red. En este contexto, se acentúa la diversificación de condiciones de vida y trabajo de la población asalariada, se hace más difícil la organización de los trabajadores (debilitando significativamente a los sujetos colectivos) y, en muchos casos, se modifican radicalmente las pautas y los mecanismos de “control del trabajo”.

Estos nuevos mecanismos de control permiten que el capital pueda extraer valor del trabajo jurídicamente “autónomo” (o del desarrollado en empresas muy pequeñas), a través de la presión de las redes interempresariales. Al mismo tiempo, también se generalizan este tipo de formas de control sobre muchos trabajadores formalmente dependientes, de modo que ya no es necesario concentrarlos físicamente en grandes factorías ni aplicarles una disciplina de tipo tradicional. Estas circunstancias confluyen con la generalización de pautas ideológicas que propugnan que los trabajadores – tanto los autónomos como los dependientes – se sometan (de manera ficticia) al modelo referencial ideal del “emprendedor”⁵⁴. Así pues, aunque se mantiene la “salarización” de la

⁵⁴ A. SERRANO PASCUAL, C.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la metáfora del mercado a la sinécdoque del emprendedor: la reconfiguración política del modelo referencial del trabajador*, en

sociedad, se tiende a presentar simbólicamente y de manera ficticia a los asalariados como “empresas”. Estas representaciones coinciden con una tendencia creciente a descargar el riesgo empresarial sobre los productores primarios.

En quinto lugar, al hilo de todos estos cambios en la estructura de la producción, se genera una importante mutación ideológica, que se ve favorecida por el nuevo equilibrio de fuerzas entre capital y trabajo. Las ideologías “socialistas” o “de izquierdas” (revolucionarias o no, pero críticas con las jerarquías de poder del capitalismo), se han visto seriamente desprestigiadas tanto entre las élites intelectuales como en el discurso social mayoritario y han sido relativamente desplazadas por movimientos políticos identitarios, basados en la idea de la “nación” o en las creencias religiosas que permiten agrupar a los “consumidores de política” al margen de los intereses materiales que se desprenden de su posición en el sistema productivo; de hecho, a menudo el pensamiento izquierdista termina replegándose sobre problemas sociales de carácter simbólico que proporcionan identidad a individuos y grupos más allá de su posición de clase y que, de hecho, pueden enfrentar a personas que se encuentran en posiciones similares. Por otra parte, los planteamientos “reformistas” de centro-izquierda y de centro-derecha (social-demócratas, socio-liberales, demócrata-cristianos) se están viendo progresivamente desgastados por la hegemonía a efectos prácticos de la ideología neoliberal y por sus consecuencias en la política jurídica.

4.2. La ideología neoliberal y la “trampa de la flexibilidad”

A partir de todos estos factores se caracteriza, como ya se ha señalado, un discurso ideológico que podríamos calificar como “neoliberal” porque tiende a producir propuestas similares, *mutatis mutandis*, a las que se hacían en los siglos XVIII y XIX frente a las regulaciones del Antiguo Régimen. Unas y otras propuestas se sustentan, en último término, sobre la concepción de la sociedad como un espacio donde individuos aislados interaccionan libremente en el marco de diversos mercados autorregulados por inevitables leyes abstractas que los arrastran inexorablemente hacia la máxima eficiencia si no entra en juego el “excesivo” intervencionismo del Estado. A pesar de esta concepción ideal o teórica, en términos reales, estas propuestas requieren que los poderes públicos intervengan de manera muy intensa en la economía y en la

[Cuadernos de Relaciones Laborales, 2018, n. 2 \(monográfico\), per totum.](#)

sociedad, pero su intervención se considera adecuada en la medida en que tienda a “liberalizar” a los mercados y no a regularlos en pos de determinados objetivos sociales.

Existe una diferencia fundamental entre unas y otras propuestas. La ideología liberal originaria se orientaba a destruir los mecanismos de regulación del trabajo, la tierra y el dinero que existían en el Antiguo Régimen con objeto de “liberar” las fuerzas productivas y construir sociedades “de mercado” en los Estados nacionales contruidos en torno a los mercados nacionales sobre los cimientos organizativos de los antiguos Estados tributarios. En cambio, el nuevo liberalismo se orienta a la progresiva disolución de los mecanismos propios del Estado social en estos Estados nacionales, para configurar un nuevo mercado internacional, aparentemente “desregulado” o “autorregulado”, es decir, absolutamente regulado por las relaciones efectivas de poder que se producen en este espacio, sin ningún tipo de control democrático. De este modo, como ya se anticipaba, el nuevo discurso implica una ruptura del compromiso social de modelo fordista tal y como se había consolidado tras la segunda guerra mundial en las sociedades capitalistas más desarrolladas económicamente.

La influencia de esta nueva ideología es innegable, puesto que se ha instalado – por supuesto, con distintos grados de intensidad – en los principales centros de poder económico y político, en los organismos internacionales y en los Gobiernos de la mayoría de los Estados (incluyendo los de ideología formalmente socialdemócrata) y ha emprendido por doquier un proceso continuo y siempre inacabado de “reformas laborales” que progresivamente han ido diluyendo los viejos mecanismos de protección de la clase asalariada, invirtiendo el sentido del “reformismo social” propio del siglo XX (quizás por ello, podríamos denominarlas “contrarreformas”). Ciertamente, gran parte de los instrumentos de protección desarrollados en el siglo XX se habían quedado obsoletos y no se adaptaban plenamente a esta nueva fase del capitalismo (lo que, sin duda, ha contribuido al éxito de la nueva ideología); el problema es que, en muchos casos, las garantías desaparecidas no se están sustituyendo por ningún otro mecanismo más adecuado a la realidad actual.

Por supuesto, en términos empíricos, el discurso neoliberal o “contrarreformista” que aquí se presenta de forma simplificada, no es unitario y presenta diversos niveles de intensidad, como, de hecho, sucedía en el liberalismo originario. Así, por ejemplo, hay que distinguir entre las formulaciones más idealizadas de algunos teóricos y los planteamientos – normalmente, más pragmáticos – de los políticos que

están en posiciones de poder; también pueden establecerse diferencias significativas entre los distintos países y afiliaciones políticas. Pero si se contempla el proceso en términos globales e históricos – tomando en consideración el devenir de las sucesivas reformas y su planteamiento en diversos países – se observa con claridad que, en términos globales y más allá de la intención de los actores individuales, está funcionalmente orientado a la disolución progresiva del Estado social.

Ciertamente, la destrucción de las garantías construidas durante el siglo XX para integrar a la población asalariada no puede ser inmediata, porque los principios del Estado social se han incorporado de manera muy intensa a la cultura jurídica, están formalmente codificados en la mayoría de las constituciones y, por otra parte, han sido aceptados por la mayoría de la población y operan como criterio de legitimación del poder político ejercido por los Estados-nación. En todo caso, aunque la voluntad consciente de la mayoría de los “nuevos reformadores” seguramente no se oriente conscientemente a la disolución del Estado social (sino meramente a su “reforma” para adaptarlo a los nuevos tiempos), el proceso global puede analizarse en términos estructurales como una crisis muy significativa de la democracia social. Esto no quiere decir que las predicciones “apocalípticas” sobre la supresión total del Derecho Social sean creíbles. Estos procesos “neo-reformistas” están funcionalmente orientados a este objetivo y la nueva correlación de fuerzas hace que su éxito sea bastante significativo, pero no son la única fuerza que entra en juego, porque en este caso – al contrario que en el siglo XIX – los cambios no han supuesto una alteración sustancial del modo de producción. Como veremos, a grandes rasgos, los conflictos sociales del orden económico capitalista siguen estando vigentes y, por tanto, siguen demandando algún tipo de regulación integradora.

La relación funcional entre el paradigma neoliberal y destrucción del Estado Social se advierte fácilmente cuando se examina que el análisis “contrarreformista” es prácticamente idéntico en todos los países, con independencia de que cada uno de ellos tiene instituciones laborales y sociales muy diferentes entre sí y disfunciones o contradicciones reales muy variadas. Tanto el diagnóstico de los males del Estado social como las propuestas de solución son siempre los mismos porque proceden de un discurso general con un carácter marcadamente ideológico – en el sentido de alejado de la realidad –, que a menudo es segregado e impuesto por determinadas instancias supranacionales. Así, por ejemplo, en prácticamente todos los procesos de reforma, con independencia de las diferencias entre los sistemas nacionales, se dice que las normas laborales son “demasiado” rígidas y que dificultan la creación de empleo, se

propugna la descentralización de la negociación colectiva – aunque esto carezca de sentido en países con un tejido industrial compuesto básicamente por pequeñas empresas – o se afirma que la configuración de las prestaciones sociales desincentiva el empleo – aunque los modelos de seguridad social sean diferentes – y que los sistemas públicos y redistributivos de seguridad social son insostenibles a largo plazo. La conclusión no puede ser otra que afirmar que no basta con hacer pequeños cambios en el Estado social, sino que hay que eliminarlo por completo.

Por otra parte, si se observa el proceso en términos históricos dentro de un mismo sistema jurídico – por ejemplo, el español –, cada reforma afirma en su exposición de motivos haber encontrado un equilibrio razonable entre la protección del trabajador y las necesidades de competitividad de las empresas o la estabilidad presupuestaria de los sistemas de protección social, pero finalmente las medidas que se consideran garantías o contrapesos razonables en las primeras reformas, se terminan contemplando como “rigideces excesivas” en las posteriores. Esto es así porque, el esquema cognitivo que se propone para orientar la regulación (que es el esquema de la “flexibilidad”) implica necesariamente – como veremos más adelante – que cualquier manifestación del Estado social terminará siendo “excesiva” e “insostenible”.

Ciertamente, este sesgo ideológico implica que la desconexión de algunas de las propuestas neoliberales o “contrarreformistas” con la realidad sea muy patente. Así sucede, por ejemplo, cuando se propone la desregulación del despido como estrategia para el mantenimiento del empleo en el marco de la crisis económica o cuando se propugna el fomento de la “cultura emprendedora” entre los más jóvenes como remedio frente al desempleo juvenil masivo.

Por supuesto, algunos de los argumentos que aparecen en el discurso neoliberal deben ser tomados en consideración por una política jurídica realista, pero esto debe hacerse eliminando las distorsiones derivadas del sesgo ideológico y partiendo de un análisis riguroso de la realidad objeto de regulación. No cabe duda de que, en cualquier economía de mercado, la legislación social debe tener en cuenta factores como las presiones competitivas que el mercado internacional ejerce sobre las empresas, la necesidad de que cualquier regulación permita mantener la acumulación capitalista (pues no es otra su función en último término), la posibilidad de fuga de capitales, las limitaciones presupuestarias para la protección social, etc. La alternativa al discurso neoliberal no puede ser un discurso ingenuamente “maximalista” que ignore que el Derecho del Trabajo implica un equilibrio entre intereses contrapuestos. El problema es que, en

virtud del éxito de la ideología neoliberal, estos “obstáculos” o “retos” para la realización efectiva del Estado social, son contemplados exclusivamente a través de las categorías y las construcciones teóricas neoliberales y, de este modo, difícilmente pueden concebirse posibilidades de realización de los principios inspiradores del Derecho del Trabajo puesto que son incompatibles con cualquier concepción mínimamente social del capitalismo.

Un ejemplo muy claro de este fenómeno es la adopción e incorporación de la categoría neoliberal de “flexibilidad” en las políticas socio-laborales, en las normas jurídicas y en el discurso crítico de los iuslaboralistas. Si las circunstancias hubieran sido otras, la “flexibilidad” se podría haber configurado como una categoría para analizar propiedades del Derecho desde una perspectiva “externa”. Siguiendo este planteamiento, las normas serían “flexibles” en la medida en que pudieran adaptarse a circunstancias diversas para alcanzar de manera satisfactoria los fines pretendidos por el legislador. Este no ha sido el sentido que realmente se le ha dado al término (así que para ello utilizamos más adelante el término “elasticidad”).

En su lugar, se ha exportado el término “flexibilidad” tal y como se utiliza en la disciplina de la Organización de Empresas, donde, como es natural, se plantea exclusivamente desde la perspectiva empresarial – es la empresa la que es o no flexible – y no se toman en consideración intereses de carácter jurídico. En este contexto, la “flexibilidad” sería la capacidad de la empresa para adaptarse a las fluctuaciones del mercado y a los requerimientos de sus clientes. Esta aptitud puede derivar de factores intrínsecos a la organización o de factores externos, entre los cuales se encontraría la legislación. Desde el punto de vista ortodoxo convencional – que no coincide con el paradigma económico institucionalista que consideramos más apropiado –, las normas jurídicas establecen condicionamientos externos a las estrategias empresariales posibles, de modo que la situación ideal para que las decisiones pudieran tomarse con la máxima libertad no sería otra que la ausencia de regulación.

Curiosamente, el ideal de la desregulación no se aplica a todos los aspectos relevantes para el desenvolvimiento de la empresa sino exclusivamente a aquellos que son socialmente percibidos como “externos” a la organización desde el paradigma ideológico neoliberal. Por supuesto, no se cuestiona el papel estructurador de posibilidades de los derechos de propiedad o de la regulación del régimen jurídico de las sociedades capitalistas. Tampoco se critica la conveniencia de la generalización de expectativas en diversos terrenos para que el desarrollo de la actividad empresarial sea adecuado. En cambio, la regulación de la utilización de la

fuerza de trabajo como factor de producción se percibe muy a menudo como una fuerza ajena a la empresa y al mercado, que, no solo no crea un marco válido de actuación, sino que termina restringiendo las posibilidades de adaptarse a las circunstancias cambiantes. Esta perspectiva es, a mi juicio, incorrecta, puesto que, como hemos visto anteriormente, la regulación de la relación salarial se establece precisamente para hacer posible el mercado de trabajo.

La perspectiva restrictiva se mantiene cuando esta particular noción de “flexibilidad” sostenida sobre las reflexiones respecto a la gestión de la empresa se proyecta al contexto más amplio de los “mercados”. Como puede comprobarse haciendo una búsqueda simple en cualquier base de datos, cuando se combinan las categorías “flexibilidad” y “mercado” no se hace referencia a cualquier mercado, sino concretamente – y de manera casi invariable – al mercado de trabajo. Por otra parte, esta “flexibilidad del mercado de trabajo” se entiende casi siempre como la reducción o eliminación de las regulaciones que puedan existir en cada momento y lugar respecto al uso del factor trabajo.

En este contexto, la incorporación de la “flexibilidad” a los objetivos del legislador en materia laboral solo puede implicar una forma de “colonización” disfuncional de la lógica económica sobre la lógica propiamente jurídica. El Derecho del Trabajo se subordina formalmente al objetivo (macroeconómico) de creación y mantenimiento del empleo sin tomar en consideración sus funciones históricas; este objetivo se relaciona automáticamente – no siempre de manera rigurosa – con la flexibilidad en la gestión empresarial y, por último, la flexibilidad se identifica de manera sesgada con la ausencia de límites o condicionamientos jurídicos a la gestión de la fuerza de trabajo. En este caso, el carácter disfuncional de esta “colonización” es particularmente saliente, porque la “flexibilidad” se introduce como un mero eufemismo para referirse a la “desregulación”, que, definida de este modo, no puede dejar de ser un concepto “enemigo” del Derecho por definición. Así pues, dentro de estos parámetros conceptuales, el Derecho del Trabajo es lo contrario de la flexibilidad y la flexibilidad es lo contrario del Derecho del Trabajo. Por consiguiente, convertir la flexibilidad en el objetivo principal de las reformas laborales solo puede tener efectos autodestructivos: este es simplemente el ropaje ideológico con el que se ha vestido la reducción del nivel de protección derivada de los cambios en la correlación de fuerzas.

Por supuesto, desde posiciones más cercanas a la lógica jurídica, los esfuerzos se centran, de manera más sensata, en la búsqueda de un punto de equilibrio entre fuerzas contrapuestas, tratando de recuperar la lógica del “reformismo social”. Así, por ejemplo, el dilema consistiría en

determinar hasta qué punto el mercado y la empresa deben renunciar a un cierto grado de eficiencia para garantizar determinados objetivos de cohesión social (asumiendo, eso sí, que los derechos sociales producen ineficiencia, lo que solo es parcialmente cierto). En cierto modo, esto es lo que sucede con la idea-fuerza de la “flexiseguridad” que, al menos en teoría, intenta recuperar la lógica de la armonización de intereses contrapuestos que tradicionalmente había presidido el Derecho del Trabajo y que se había estado diluyendo progresivamente⁵⁵. El problema que tienen estas posiciones más ponderadas es que terminan asumiendo el concepto neoliberal de “flexibilidad” – incompatible con el Derecho del Trabajo –, de modo que permanecen ocultas las potencialidades estructuradoras del mercado contenidas en la regulación laboral; se asume, por tanto, que la protección es siempre perjudicial para el éxito económico. Por otra parte, la desigual correlación de fuerzas implica que, finalmente, en el binomio flexibilidad-seguridad termine materializándose únicamente la primera, convirtiendo el elemento de protección de los trabajadores en pura retórica que legitima la desregulación⁵⁶.

Esto no quiere decir que el legislador tenga que ignorar las necesidades de flexibilidad de las empresas. Estas necesidades son muy reales y, de hecho, debido a la actual debilidad del poder de negociación de los trabajadores, la propia flexibilidad, en sí misma considerada, debe ser percibida como un fenómeno que efectivamente se produce en la realidad práctica, sea cual sea la regulación, al igual que la relación de poder del titular de los medios de producción sobre los asalariados a su servicio era un hecho real antes de ser regulada por el Derecho para convertirla en un poder jurídico sometido a límites.

5. Conclusión: estrategias para satisfacer las funciones del Derecho del Trabajo en el siglo XXI

Aunque la crisis contemporánea del Derecho del Trabajo ha implicado cambios sustanciales en el contenido de las instituciones jurídicas de esta disciplina (*supra*, § 4), no puede decirse que hayan desaparecido las circunstancias históricas que motivaron su aparición y desarrollo en el siglo XX. En efecto, subsisten los rasgos que caracterizan al conflicto social en el orden capitalista (*vid. supra*, § 2.3):

⁵⁵ A. OJEDA AVILÉS, M. GUITÉRREZ PÉREZ, *La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica*, en *Themis: Revista de Derecho*, 2014, n. 65, 42-43 y 50.

⁵⁶ Pueden consultarse las reflexiones críticas de J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Crítica a la flexiseguridad*, en *Revista Latinoamericana*, 2013, n. 16, en particular 76 ss.

- a) los intereses contrapuestos de las partes en el contexto de una relación económica sometida al mercado;
- b) la relación de poder desigual y la consiguiente experiencia de alienación de los trabajadores;
- c) la existencia de un poder colectivo de los trabajadores;
- d) la necesidad empresarial de controlar el trabajo y de gestionar el conflicto social individual o colectivo para obtener productividad;
- e) la afectación a bienes básicos de los trabajadores, necesarios para su supervivencia y bienestar;
- f) la desprotección de los asalariados frente a los riesgos sociales;
- g) la relevancia política del conflicto social.

Por supuesto, la situación no es idéntica a la del siglo XX, lo que implica algunos matices, pero no han cambiado los aspectos esenciales del conflicto social en el orden capitalista. Ciertamente, ha desaparecido la “amenaza” del sistema comunista como alternativa real al capitalismo, en tanto que China, aunque se presente como una posible potencia hegemónica mundial en el futuro, está plenamente inserta en el capitalismo global. No obstante, sigue habiendo otros factores políticos de interés, como la competencia de los partidos en un contexto de sufragio universal y la aparición de movimientos populistas que responden en parte a las disfuncionalidades del capitalismo desregulado. Por otra parte, como ya se ha visto, se ha incrementado notablemente la desigualdad de poder entre empresarios y trabajadores tanto en el plano individual como en el colectivo, lo que ha implicado una reducción muy significativa del nivel de protección respecto al pacto social fordista; no obstante, al mismo tiempo, este crecimiento de la desigualdad acentúa los conflictos y contradicciones del modo capitalista y hace más necesaria la intervención del Derecho Social. Por último, si bien es cierto que las nuevas tecnologías han facilitado formas de producción en las que los trabajadores dejan de estar presentes de manera masiva en el mismo espacio físico –circunstancia que permitió la formación del movimiento obrero –, estas mismas tecnologías permiten volver conectar a los trabajadores físicamente dispersos en redes y escenarios digitales, lo que puede permitir el surgimiento y desarrollo de nuevas formas de organización colectiva.

En este contexto, siguen también plenamente vigentes las funciones clásicas del Derecho del Trabajo, que hemos formulado antes de manera contradictoria (*cfr.* § 3): construcción de la sociedad de mercado a través de la desmercantilización de la relación de trabajo, construcción de la relación contractual a través del condicionamiento de la libertad de contratación y legitimación del poder empresarial a partir del “empoderamiento” de los trabajadores. Esto no quiere decir que el

Derecho del Trabajo deba permanecer imperturbable respecto a los cambios sufridos en la sociedad. Si bien las funciones siguen siendo las mismas, las estrategias regulatorias concretas deben adaptarse a la necesidad de garantizar estas funciones sobre una realidad distinta. Dicho de otro modo, aunque los problemas son básicamente los mismos que a principios del siglo XX, las soluciones deben ser forzosamente distintas.

Como ya se ha adelantado en el epígrafe anterior, la flexibilidad no debe ser el *objetivo* del Derecho Social, sino precisamente el *escenario* actual en el que esta normativa se desenvuelve. Esto implica que debe invertirse la perspectiva de los análisis actualmente dominantes respecto a la eficacia de las normas laborales. El problema no es cómo conseguir que las empresas sean “flexibles” – que ya lo son en gran medida –, sino cómo satisfacer las funciones clásicas de las normas laborales y de protección social en un mundo empresarial caracterizado por la flexibilidad, por las elevadas presiones competitivas sobre las empresas y por la volatilidad de los mercados. La cuestión no es si las normas son “demasiado rígidas”, sino más bien si estas normas se cumplen realmente⁵⁷ o si pueden ser reformuladas para que alcancen los objetivos pretendidos de manera más apropiada, en un contexto en el que la relación de fuerzas entre capital y trabajo se ha debilitado notablemente. Por supuesto, al limitar o condicionar el poder empresarial abstracto, todas las normas laborales pueden ser percibidas como “rígidas” desde los paradigmas económicos dominantes, pero esta perspectiva sesgada impide tomar conciencia del papel del Derecho en la “estructuración” de posibilidades nuevas de actuación; así, por ejemplo, la gestión del conflicto a través de procesos de negociación puede ser más ventajosa para el empresario que el control de la fuerza de trabajo a través de la pura coacción, que es la estrategia que se incentiva en un sistema desregulado.

En este contexto, la idea de “flexibilidad” – entendida unilateralmente como indeterminación del arbitrio del empresario al margen de todo contexto social real – debe ser sustituida por la noción más equilibrada de “*elasticidad*”, que consistiría en la aptitud de las normas jurídicas para desempeñar adecuadamente sus funciones integradoras en una diversidad de contextos y situaciones. Así, las normas laborales serán más elásticas cuanto mejor consiguieran adaptar el cumplimiento de las funciones clásicas del Derecho del Trabajo a distintas circunstancias productivas (dimensión de la empresa, sectores, ocupaciones, formas de organización del trabajo) y a distintas situaciones personales de los trabajadores (género,

⁵⁷ Según H. SINZHEIMER, *op. cit.*, 53, «la prueba de bondad de un Derecho no está en su contenido y formulación, sino en su posibilidad de ejecución».

responsabilidades familiares, origen étnico, etc.).

En gran medida, la necesidad de “elasticidad” en un contexto productivo en el que se ha acentuado la diversidad de situaciones de las empresas y de los trabajadores, requiere adoptar *estrategias reflexivas de regulación*, que son aquellas que se orientan a estructurar la autorregulación del conflicto por las partes implicadas⁵⁸. Esto implica que los poderes públicos deben fomentar la negociación colectiva y también generar espacios para que se pueda producir una verdadera negociación individual (formal o informal) de los intereses particulares del trabajador (por ejemplo, para la conciliación de los intereses empresariales y de sus intereses personales en la determinación del horario). Esto no supone ninguna alteración de la jerarquía clásica del sistema de fuentes – predominio de la ley sobre el convenio y de los instrumentos colectivos sobre el contrato –, sino, en todo caso, una perspectiva distinta para determinar el contenido fundamental de las normas imperativas y de los convenios.

Creemos que el énfasis debe ponerse en el *empoderamiento* (individual y colectivo) de los trabajadores más que en la protección detallada. El marco normativo debe insistir en el reequilibrio de poderes – dentro de los límites impuestos por la desigualdad inherente a las relaciones laborales –, de manera que las partes en conflicto puedan llegar a acuerdos que compongan adecuadamente sus intereses en cada caso particular. El uso del Derecho para reequilibrar el poder en el mercado de trabajo se encuentra con un dilema circular. Cuanto más equilibradas estén las relaciones de poder, más capacidad tendrá el trabajador para movilizar sus derechos y, por tanto, más eficaces serán las normas en cumplir su función de reequilibrio de poderes. En cambio, cuanto más débil sea la posición del trabajador, menos capacidad tendrá para movilizar sus derechos, lo que dificultará la aplicación efectiva del Derecho Social. Ciertamente, las relaciones de poder entre las partes no están determinadas exclusivamente por la regulación, sino también por factores extrajurídicos, como los niveles de desempleo, la cualificación de los trabajadores y la fortaleza del movimiento sindical.

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en las instituciones normativas que promueven de manera más eficaz el “empoderamiento” del trabajador:

- a) regulación de la extinción del contrato y del despido;
- b) fomento del sindicalismo, de la representación de los trabajadores y de la negociación colectiva;

⁵⁸ G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, en *Law and Society Review*, 1983, vol. 17, n. 2, *per totum*.

c) eficacia de los mecanismos de tutela de los derechos.

A estas normas habrían de sumarse aquellas que, aunque no desplegaran este poder multiplicador, tuvieran una gran importancia práctica o fueran muy relevantes para determinar espacios mínimos de dignidad humana o “trabajo decente”, que permitan maximizar las capacidades del trabajador como sujeto libre y autónomo para desenvolverse tanto en el campo laboral como en las demás dimensiones de la vida social y humana⁵⁹. A este respecto, resultan irrenunciables el salario mínimo, el derecho al descanso, la prevención de riesgos laborales, la protección social básica o el ejercicio de derechos constitucionales.

Por último, resulta esencial que el marco normativo, las categorías dogmáticas y el movimiento sindical se adapten a los retos planteados por la división interempresarial del trabajo, el crecimiento de la importancia del trabajo autónomo⁶⁰ y los nuevos escenarios virtuales. A estos efectos cabe incluso imaginar la posibilidad de regulaciones – seguramente no laborales desde el punto de vista formal – que tomen en consideración la relación de dependencia que existe entre empresas que ocupan distintas posiciones en los procesos productivos (incluyendo quizás incluso a las que tengan trabajadores a su cargo).

En definitiva, las categorías y las instituciones jurídicas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social deben adaptarse a los nuevos escenarios para seguir cumpliendo efectivamente los fines para los que se configuró esta rama del ordenamiento a principios del siglo pasado. La ruptura del pacto social del fordismo – derivada de un cambio sustancial en el equilibrio de fuerzas entre capital y trabajo – ha implicado una reducción significativa de los niveles de protección de las clases trabajadoras, pero esta situación precisamente acentúa las disfuncionalidades del sistema y, por lo tanto, demanda una nueva regulación integradora. Esta tarea

⁵⁹ A este respecto, cobra un particular interés la consideración de los derechos sociales como formas institucionalizadas de capacidades (*capabilities*) que proporcionan a los individuos los medios para alcanzar el potencial de sus recursos, *vid.* S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 247.

⁶⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 2 (ejemplar en formato electrónico en base de datos), destaca la importancia de conceder derechos sociales a las personas que viven de su trabajo personal al servicio de otros aunque no estén jurídicamente subordinados. En mi opinión, el hecho de que esta regulación se reconozca o no formalmente como “laboral” es una cuestión puramente estratégica y no “ontológica”; no creo que el concepto jurídico de “subordinación” esté en la naturaleza de las cosas, sino que es una creación contingente para un momento histórico concreto para interpretar jurídicamente una relación de dependencia real. Por supuesto, esto no impide que todavía pueda considerarse oportuno mantener la diferencia entre trabajo autónomo y subordinado.

requiere, entre otras cosas, de un adecuado “rearme” teórico de los planteamientos “reformistas” que abogan por un control democrático de los problemas sociales provocados por el modo de producción dominante. En efecto, es posible que algunas de las presuposiciones o construcciones dogmáticas clásicas de nuestra disciplina hayan quedado obsoletas y deban ser matizadas o sustituidas por otras; sin embargo, al mismo tiempo, no resulta apropiado trasplantar de manera acrítica las nuevas categorías segregadas por el discurso neoliberal (como el concepto de “flexibilidad”) en la medida en que estas a menudo resultan incompatibles con los propósitos del Derecho Social.

6. Bibliografía

- AA.VV., *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law*, en *Journal of Comparative Economics*, 2017, vol. 45, n. 1
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO A., *El papel de la autonomía efectiva de la voluntad del trabajador en la gestión del cambio empresarial*, en J. CABEZA PEREIRO (dir.), *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Aranzadi, 2017
- CASTEL R., *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, 1995
- CIMMINO F., *Vida cotidiana de los egipcios*, Edaf, 2002
- CORIAT B., *El taller y el cronómetro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la población en masa*, Siglo XXI de España, 1982
- DEAKIN S., WILKINSON F., *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005
- GODELIER M., *Lo ideal y lo material: pensamiento, economías, sociedades*, Taurus, 1989
- GORELLI HERNÁNDEZ J., *Crítica a la flexiseguridad*, en *Revista Latinoamericana*, 2013, n. 16
- HOBBSAWM E., *Notas sobre la conciencia de clase*, en E. HOBBSAWM, *El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*, Crítica, 1987
- HYDE A., *What is Labor Law?*, en G. DAVIDOV, B. LANGILLE (ed.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, 2006
- KAHN FREUND O., *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1987
- LÓPEZ CALLE P., *La constitución del trabajo como mercancía: el caso español*, en *Areas*, 2012, n. 31
- MARX K., *Trabajo asalariado y capital*, 1849

- MARX K., *El capital*, Antalbe, 1986
- MONEREO PÉREZ J.L., *Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad"*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 5
- OJEDA AVILÉS A., GUITÉRREZ PÉREZ M., *La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica*, en *Themis: Revista de Derecho*, 2014, n. 65
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Caja Duero, 2004
- POLANYI K., *The Great Transformation*, Beacon Press, 2001
- POLANYI K., *El sistema económico como proceso institucionalizado*, en P. MORENO FELIÚ (comp.), *Entre las gracias y el molino satánico. Lecturas de Antropología Económica*, Uned, 2004
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 2
- SAN MARTÍN SALA J., *Antropología Filosófica: Filosofía del ser humano*, Uned, 2007
- SERRANO PASCUAL A., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C.J., [*De la metáfora del mercado a la sinécdoque del emprendedor: la reconfiguración política del modelo referencial del trabajador*](#), en [*Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2018, n. 2 \(monográfico\)](#)
- SINZHEIMER H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984
- SUPIOT A., *Las vías para una verdadera reforma del Derecho del Trabajo*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, n. 5
- TEUBNER G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, en *Law and Society Review*, 1983, vol. 17, n. 2
- WOLF E.R., *Los campesinos*, Labor, 1971
- WOLF E.R., *Europa y la gente sin historia*, Fondo de Cultura Económica, 2005

La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Carolina BLASCO JOVER*

RESUMEN: El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación ha supuesto la introducción de cambios de indudable importancia (algunos, ciertamente cuestionables, otros de honroso calado social) en los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral. De todos ellos, este trabajo se va a ocupar de analizar con detalle los que han sufrido dos derechos en concreto que venían generando un alto nivel de litigiosidad: el permiso por lactancia (ahora, por cuidado del lactante) y el derecho a la adaptación de jornada por motivos conciliatorios. En ambos se han producido avances para intentar tutelar de mejor forma los intereses conciliatorios de los trabajadores, aunque quedan todavía cuestiones pendientes en ellos, especialmente en el derecho a la adaptación de jornada, que pueden generar cierta controversia. En este artículo, se pretende dar cuenta, pues, de las luces y sombras que contiene la reforma de los arts. 34.8 y 37.4 ET.

Palabras clave: Lactancia, reducción de jornada, corresponsabilidad, adaptación de jornada, conciliación, cuidado de hijos.

SUMARIO: 1. A modo de introducción: unos breves apuntes sobre el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. 2. El nuevo permiso por lactancia: resolviendo problemas y planteando otros. 2.1. Finalidad y titularidad del derecho. 2.2. Modalidades de ejercicio. Especial consideración a la reducción de jornada. 3. La adaptación de jornada por razones de conciliación en el actual art. 34.8 ET: la confirmación de la falta de aplicabilidad directa del derecho. 4. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante (España).

The New Set up for Breast Feeding Breaks and the Right to Adapt Working Hours as a Result of Royal Decree-Law 6/2019, of 1st March, on Urgent Measures in Respect of Equal Opportunities for Men and Women in the Workplace

ABSTRACT: Royal Decree-Law 6/2019, of 1st March, on urgent measures for ensuring equal conditions and opportunities for men and women at work has led to the introduction of extremely important changes (with some being to a certain extent questionable whereas others are clearly of estimable social significance) to the rights and obligations of parties to the employment relations. Of these, this paper proposes to analyse in detail changes made to two rights in particular which have been subject to considerable litigious dispute namely, breast feeding breaks (now, in terms of care of the nursing infant) and the right to adjust working hours on conciliatory grounds. In both cases there has been some progress in improving the conciliatory interests of workers, although there are still many issues that need to be resolved, especially in terms of the right to adjust the working day which at times is subject to controversy. This article attempts to highlight the pros and cons of the reform of arts. 34.8 and 37.4 of the Workers' Statute.

Key Words: Breast feeding, reduced working hours, joint-responsibility, adjusting the working day, conciliation, child care.

1. A modo de introducción: unos breves apuntes sobre el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo

El Real Decreto-Ley 6/20109, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación se presenta con un objetivo muy ambicioso: luchar contra los estereotipos de género, fomentar un reparto más igualitario de la labor de cuidado familiar y avanzar hacia la igualdad plena entre hombres y mujeres, todo ello en consonancia con lo dispuesto en multitud de normas y textos europeos e internacionales¹. De este modo, se modifican un total de siete leyes² cuyas disposiciones de una forma u otra inciden en los ámbitos indicados, llevándose a cabo una profunda reestructuración de las principales instituciones conciliatorias para lograr, como se señala en la Exposición de Motivos, un «nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre ambos sexos».

Ciertamente ninguna objeción se le puede realizar a la idea motriz, a la causa social, que inspira una reforma de tal envergadura. La temporalidad,

¹ Así y entre otros, Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, la Carta de la Mujer adoptada por la Comisión Europea en 2010, la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género aprobado por el Consejo en 2011, el Compromiso estratégico para la igualdad entre hombres y mujeres 2016-2010 adoptado por la Comisión Europea en diciembre de 2015, la Resolución de 13 de septiembre de 2016 del Parlamento Europeo sobre Creación de unas condiciones en el mercado laboral favorables para la conciliación de vida privada y vida profesional, el informe de la OIT *Care work and care Jobs for the future of work* de 28 de junio de 2018 o la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Sobre la trascendencia de estos documentos y su repercusión práctica, *vid.* C. LÓPEZ ANIORTE, *Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 214, 95-102.

² Además del Estatuto de los Trabajadores, se modifican la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (en su disposición adicional sexagésima primera), la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

los cuidados, la segmentación laboral y la precariedad en el empleo acentúan las situaciones de discriminación laboral que sufren las mujeres frente a los hombres. Ello es fruto de la pervivencia, incluso en la época actual, del modelo clásico de reparto de tareas entre mujeres y hombres, según el cual mientras a las primeras les corresponde afrontar las labores domésticas y de cuidado de niños y mayores, los segundos asumen el papel de proveedores económicos de la familia. Y es que suele suceder que la conciliación en el hogar termina o se aminora cuando llegan los hijos, recayendo sobre la mujer la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros por exigírseles, como se ha dicho, ciertas pautas de comportamiento a modo de roles socialmente construidos que les requieren la atención directa y exclusiva del menor (o del familiar) de que se trate. Ello, huelga decirlo, termina por acarrear gravámenes muy serios no sólo en la situación laboral de muchas madres trabajadoras, sino también y al límite en sus futuros derechos de pensiones.

Debido a este incontestable hecho, han sido innumerables los esfuerzos, acelerados señaladamente a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que tanto el legislador como los Tribunales han realizado para intentar reducir (o, incluso, revertir) tales desajustes. Buenos ejemplos de ello han sido facilitar la acumulación del permiso por lactancia, otorgar este derecho tanto a la madre como al padre, el establecimiento de ficciones de cotización para determinados períodos en los que se está al cuidado de hijos o familiares, la implantación del permiso y de la prestación por paternidad, la atribución directa de cotizaciones por razón de la maternidad, el reconocimiento de la posibilidad de prestar servicios por cuenta ajena o propia durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, la concreción de los perfiles de la reducción de jornada por guarda legal o de la adaptación del tiempo de trabajo sin reducción de jornada o, sin ir más lejos, las medidas implementadas por la norma que aquí se comenta, el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, que inciden, algunas de ellas, no tanto en la conciliación, sino en la corresponsabilidad. Y ello porque tal vez lo que se requiera para superar el citado modelo tradicional de reparto de roles no sean tanto medidas de conciliación que tengan como finalidad que los cuidadores (por lo tanto, las cuidadoras) logren compatibilizar los tiempos dedicados a la familia y al trabajo³, sino, más bien, instrumentos para que mujeres y hombres se responsabilicen por igual de las tareas domésticas, del cuidado de los hijos y de las personas dependientes.

³ Y que contribuyen, desde luego, a que la conciliación sea percibida como un problema con rostro de mujer.

Ahora bien, que ello sea así no quiere decir que no pueda cuestionarse la oportunidad de la norma por aprobarse en el momento en que se ha hecho (en período preelectoral, con todo lo que ello implica) y por la utilización que se ha realizado de un instrumento legislativo como el Real Decreto-Ley que requiere, como es por todos conocido, que su contenido responda a una «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86 CE). Tal necesidad la justifican los impulsores de la norma por los «resultados discretos, cuando no insignificantes [de la Ley Orgánica de Igualdad], lo que contraviene la propia finalidad de la citada ley orgánica». Y es que las medidas por esa norma implementadas «no han permitido garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, persistiendo unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres, al menos si una sociedad aspira a ser plenamente democrática». Esta situación – sigue la justificación – «exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado, puesto que la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales. Un mayor retraso, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, conllevaría un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española».

¿Es ésta una motivación suficiente, bastante, para aprobar por Real Decreto-Ley una batería de medidas que fomentan la igualdad y la corresponsabilidad? Pues puede serlo desde la óptica social, desde la perspectiva de la causa social que se persigue, no cabe duda. Ahora, a nivel jurídico, quizá hubiera sido deseable que se realizara un mayor esfuerzo argumental si se pretendía utilizar esta vía legislativa tan extraordinaria. Como bien señala el Tribunal Constitucional, «la necesidad justificadora de los Decretos-Leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»⁴. Si ello es así, la pregunta surge inmediatamente: ¿la desigualdad de género es una situación difícil de prever, insólita, que requiera de una actuación excepcional, inmediata y sin

⁴ STC 12/2015, de 5 de febrero.

demora? A priori, parece que no, puesto que, aunque el problema sea importante y exija de actuaciones contundentes para solucionarlo, lo cierto es que siempre ha estado en la agenda parlamentaria y gubernamental y siempre han existido señales o indicios que corroboraban que no estaba corregido, aunque se le intentara dar respuesta a través de textos legales que, por su tramitación, han estado sujetos a la debida reflexión. Además, también hay que tener en cuenta que el Real Decreto-Ley se debe utilizar con agilidad para resolver con urgencia la situación que ocurrió de manera imprevista. Esa inmediatez temporal entre el hecho y la respuesta que se le da es la que, a la postre, impide utilizar la vía legal ordinaria. Pues bien, esto tampoco parece que se de en el supuesto del RD Ley 6/2019, puesto que las normas que se modifican se aprobaron en un momento tan alejado de los remedios que se implementan que no parece jurídicamente correcto el empleo por parte del Ejecutivo de esta vía tan excepcional. A mayor abundamiento, es también doctrina constitucional reiterada que los Reales Decretos-Ley tienen que modificar de manera instantánea la situación jurídica existente⁵. Sin embargo, esto no sucede así en la norma que nos ocupa, ya que algunas de sus disposiciones, señaladamente, la que tiene que ver con la ampliación de la permiso por paternidad⁶, sufren una aplicación diferida en el tiempo, pues no será hasta 1 de enero de 2021 cuando cada progenitor disfrutará de igual período de suspensión del contrato de trabajo.

Por los argumentos expuestos, entiendo que este RD Ley 6/2019 se ha apoderado de un tema que roza, sino las traspasa, las limitaciones materiales impuestas por el art. 86 CE, siendo difícil la justificación constitucional de la norma⁷. Pero es que, además, también cabe poner en tela de juicio ciertas medidas que incorpora que pueden lograr justo el efecto contrario al que se pretende. Es el caso señalado del blindaje a la mujer embarazada durante el período de prueba. Tras la modificación operada en el art. 14 ET, se aclara que «la resolución a instancia empresarial en estos supuestos será nula desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el art. 48.4 ET o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad». Es fácil deducir que lo pretendido por los impulsores del RD Ley 6/2019 ha sido extender al período de prueba la protección especial que confiere la normativa frente al despido de las embarazadas aunque no conste el conocimiento del estado de embarazo o

⁵ STC 29/1982, de 31 de mayo.

⁶ En la nueva denominación, permiso del progenitor diferente de la madre biológica.

⁷ Con todo y como es conocido, el RD Ley 6/2019 ha sido convalidado junto con otros Reales Decretos por la Diputación Permanente del Congreso en fecha 3 de abril de 2019.

de gestación por parte de la empresa (nulidad objetiva), lo que ya de por sí es bastante criticable en tanto que se trata, despido y desistimiento empresarial, de dos instituciones de distinta naturaleza jurídica y con regímenes completamente diferentes entre sí⁸. Pero es que, además y aunque se entienda el trasfondo social de la medida, quizá debiera haberse reflexionado sobre los efectos perversos que puede suponer esta disposición para la contratación de mujeres en edad fértil. Y es que es fácil que el empresario perciba que contratarlas le puede implicar mayores riesgos que beneficios, pues el embarazo, ahora ya incluso en esta fase tan preliminar, será dato suficiente para configurar la nulidad de la extinción sin que entre en escena el clásico juego de la aportación de indicios suficientes e inversión de la carga probatoria⁹.

En cualquier caso, no es tarea de este trabajo desglosar todas las medidas legislativas que en el Real Decreto se contienen; lo que se pretende, más bien, es comentar, de modo crítico, las reformas que se han introducido en dos instituciones conciliatorias de innegable importancia, el permiso por lactancia (ahora por cuidado del lactante) y el derecho a la adaptación de jornada. Los cambios no han sido menores, puesto que se ha optado por reformular por completo ambas instituciones con la finalidad ya comentada de fomentar la corresponsabilidad y de tutelar mejor los intereses protegidos, no sólo de los progenitores, sino también de los menores o familiares que serán objeto de cuidado. Pero, que ello sea así no implica que con las modificaciones operadas se hayan resuelto todos los problemas que ambos derechos planteaban. Antes al contrario, puesto que algunos de ellos todavía puede decirse que perviven en los respectivos redactados legales y otros han surgido con fuerza tras la entrada en vigor del RD Ley 6/2019. A comentar cada uno de estos aspectos, a dar cuenta, pues, de las luces y sombras que contiene la reforma de los arts. 34.8 y 37.4 ET, se dedican los epígrafes que siguen.

2. El nuevo permiso por lactancia: resolviendo problemas y planteando otros

Como se ha dejado apuntado, el art. 2.9 RD Ley 6/2019 modifica el apartado cuarto del art. 37 ET con el fin de otorgarle una nueva redacción al permiso por lactancia más ajustada a los cánones que marca la

⁸ STC 173/2013, de 10 de octubre.

⁹ Sobre ello, *vid.* A.V. SEMPERE NAVARRO, *Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, n. 8, 3 (versión *on line*).

corresponsabilidad. De esta forma, se reforma su denominación, se clarifican aspectos tales como su finalidad y su titularidad, se realizan ajustes en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y se introduce como novedad lo que bien podría pasar a denominarse «reducción de jornada corresponsable» a la que también como novedad se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad Social. Con todo, la deficiente técnica legislativa que se utiliza ocasiona que surjan dudas interpretativas sobre el alcance de ciertas previsiones que contempla el precepto y que intentarán desentrañarse a lo largo de los apartados que siguen.

2.1. Finalidad y titularidad del derecho

Desde sus orígenes, que se remontan, como es conocido, a la Ley de 13 de marzo de 1900, el permiso por lactancia se configuraba como un derecho individual y propio de la madre destinado a alimentar al hijo recién nacido¹⁰. Atendiendo a las circunstancias de la época y a las reivindicaciones propias de aquel entonces, lógico es que no se tuvieran en cuenta otras consideraciones a la hora de plasmar legislativamente este derecho, que – todo hay que decirlo – ya de por sí era un gran logro social. De esta forma, la mujer que había dado a luz disponía de un tiempo durante la jornada de trabajo para alimentar a su hijo... pero ello a expensas de perpetuar el rol de cuidadora que tradicionalmente se le asignaba.

Este planteamiento prácticamente se mantuvo firme incluso con la llegada en 1980 del Estatuto de los Trabajadores que contempló, en su artículo 37.4, que «las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este

¹⁰ En concreto, se señalaba que «no se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causa de próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento. Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia» (M.J. ESPUNY TOMÁS, [Los antecedentes históricos al permiso por lactancia](#), en [IUSLabor](#), 2006, n. 2, 1-2).

derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad». De nuevo, este permiso, incluso ya en época constitucional, aparecía ligado sólo a un titular, la madre, y sólo con una finalidad, la lactancia del menor o, dicho de otro modo, facilitar a la madre que pudiera amamantar a su hijo tras el parto una vez reincorporada al mundo laboral.

Ocurre, sin embargo, que este planteamiento pronto se antojó, con el devenir de los años y con el surgimiento de nuevas realidades e intereses sociales, un tanto obsoleto. De esta forma, y aunque ligado todavía a la alimentación del menor y no tanto a su cuidado¹¹, la Ley 3/1989, de 3 de marzo atribuye por vez primera este derecho a ambos progenitores cuando presten sus servicios por cuenta ajena¹². Se reconocía de este modo y aunque la titular principal del mismo siguiese siendo la madre, que el padre también podía tener reservado un papel en la alimentación del hijo, siquiera fuera para realizar ésta de forma artificial cuando la madre le traspasara o transfiriera el derecho.

No fue hasta la ley de reforma laboral del año 2012, la Ley 3/2012, cuando se otorga a hombres y a mujeres la titularidad indistinta, “individual”, de este derecho y cuando se le desvincula del hecho biológico de la lactancia¹³. De esta forma, se reconoce su titularidad a “los trabajadores”, fórmula neutra que evidentemente hace referencia a ambos progenitores, sean hombres o mujeres, aunque se añade que el derecho

¹¹ Con todo, el propósito de prestar el debido y necesario cuidado y atención al menor de corta edad ya venía reconociéndose, al menos desde el plano judicial, desde la STCT de 4 de septiembre de 1984 (RTCT 6778).

¹² Se convertía en requisito ineludible, para la concesión del permiso, que ambos progenitores trabajasen y estuviesen incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores o norma en el que se previese el mismo derecho. *Vid.*, al respecto, las STSJ Galicia, de 2 noviembre 1999 (Rec. n. 3785), Andalucía, Sevilla, de 24 de abril de 2001 (Rec. n. 3634) y Canarias, Las Palmas, de 22 de septiembre de 2003 (Rec. n. 704). El propio Tribunal Constitucional llegó a reconocer, en su STC 109/1993, de 25 marzo (una sentencia, hay que recordar, con votos particulares) que la atribución del derecho a la lactancia del hijo menor de forma exclusiva a la madre trabajadora no supone discriminación alguna, ya que «es un permiso único, que tiene como finalidad favorecer la reincorporación al mercado laboral de la mujer trabajadora (así como el reparto de responsabilidades en el cuidado del menor entre ambos progenitores y el facilitar el cuidado de los hijos en sus primeros meses de vida) pues la mujer pertenece a un grupo especialmente desfavorecido».

¹³ Hecho éste que ni siquiera se logró con la entrada en vigor de la entrada en vigor de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, pues, a pesar de las modificaciones que se introdujeron en el precepto, todavía se hacía referencia a “la mujer” como titular principal, quien, a su voluntad, podía optar por sustituir la hora de ausencia al trabajo por una reducción de jornada o por su acumulación en jornadas completas.

sólo podrá ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen. Al tiempo, se amplían su ámbito subjetivo, puesto que se extiende, no sólo a los supuestos de filiación biológica, sino también a los de «adopción o acogimiento»¹⁴, reconocimiento éste que supone superar, como se ha dicho, la tradicional finalidad para la que se concedía el permiso.

De esta forma configurado, queda claro que el permiso por lactancia tiene por objeto el cuidado de los hijos de corta edad, una edad que se fija en los nueve meses, y que, como es fácilmente comprensible, requiere de los adultos una rigurosa y especial atención a las necesidades vitales, físicas y afectivas de ese menor. No es un permiso, por tanto, para la protección de la maternidad, ni tampoco está destinado en exclusiva a la alimentación del hijo¹⁵. Siendo ello así, resultaba evidente que una hipotética reforma del art. 37.4 ET debía conllevar un cambio en la denominación del permiso... que es precisamente lo que hace el RD Ley 6/2019. En efecto, amén de realizar la sustitución del término “trabajadores” por “personas trabajadoras” para adoptar un lenguaje más inclusivo y políticamente correcto (aunque, a mi modo de ver, no era jurídicamente necesario), la denominación que ahora se otorga al permiso por lactancia es la de “permiso para el cuidado del lactante”, lo que va en la línea antedicha de dejar bien claro cuál es la finalidad que debe perseguirse con este permiso y desterrar, de una vez por todas, la identificación del mismo con el hecho biológico de la lactancia materna (que puede darse o no darse, siendo indiferente este dato).

Con todo, puede plantearse si no hubiera sido adecuado dar un paso más allá en los nuevos perfiles configuradores de este derecho. Como se ha explicado, este permiso nació para solventar una necesidad muy concreta, ofrecer un tiempo a la madre trabajadora para dedicarse a la alimentación del hijo recién nacido. Con el tiempo, este modo de entender el permiso cambió, tal y como se ha explicado, hasta el punto de otorgarlo tanto a la madre como al padre biológicos, tanto a la madre como al padre adoptivos y a quienes acojan al menor o lo tengan en guarda para su adopción. Pues bien, si ello es así y el permiso va destinado, en general, al cuidado de este menor en una fase tan especial de su vida y de tanta dependencia a los adultos, es posible preguntarse si cabría la extensión de este derecho a sujetos – también trabajadores, pues de otro modo no tendría sentido la concesión de un permiso como éste – que tuvieran con aquél otros vínculos familiares distintos a los enunciados. Piénsese, así, en

¹⁴ Y tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores en 2015, también se amplía la lista de los sujetos titulares a quienes ejerzan la guarda con fines de adopción.

¹⁵ STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez).

el supuesto de los tíos con respecto a los sobrinos cuando faltasen los padres o, en el mismo caso, en el supuesto de los abuelos con respecto a los nietos¹⁶.

Pues bien, a mi modo de ver, la finalidad de la institución y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que la reforma operada por el RD Ley 6/2019 debiera haber entrado también en esta cuestión y haber eliminado las circunstancias de filiación que dan lugar al reconocimiento del derecho. A fin de cuentas, si de lo que se trata es de proporcionar el debido cuidado y atención al lactante, se debería haber pensado también en aquellos supuestos en los que otros parientes, por ausencia de los progenitores, tuvieran que hacerse cargo del menor en esa fase tan importante de su vida, afectiva, física y psicológicamente hablando, y compatibilizar esa tarea con el trabajo que estuviesen desempeñando. No se desconoce que podría argumentarse en contra que, para ello, estos familiares podrían acogerse a la excedencia por cuidado de familiares, a la reducción de jornada por guarda legal prevista en el art. 37.6 ET o la adaptación de la jornada de trabajo contemplada en el art. 34.8 ET. No obstante, cualquiera de estas tres opciones plantea, a mi parecer, problemas quizá incompatibles con la mejor tutela y protección del bien jurídico protegido por el permiso por cuidado del lactante. Así, de un lado, la excedencia recogida en el segundo párrafo del art. 46.3 ET parece estar pensada (aunque muy discutiblemente)¹⁷ para el cuidado de otros familiares (los de edad avanzada) y además está topada por el segundo grado de consanguinidad, con lo que deja fuera el cuidado, por ejemplo, de los sobrinos por los tíos. Por otro lado, la reducción de jornada por guarda legal conlleva – y aquí estaría el problema – una reducción proporcional del salario, algo que no se considera, en líneas generales, en el permiso por cuidado del lactante. Y, en fin, en cuanto a la adaptación del tiempo de trabajo, es éste un derecho que, como se conoce, está vinculado, a salvo de que el convenio establezca otra cosa, a que el empresario admita la solicitud del trabajador teniendo en cuenta las necesidades organizativas y productivas de la empresa, mientras que el permiso que aquí se estudia, existiendo preaviso y justificación, debe concederse sin tener en cuenta otras consideraciones.

Por lo demás, se debe dar cuenta de la eliminación de una previsión que

¹⁶ También advierte de ello C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Permiso por lactancia*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre hombres y mujeres*, BOE, 2018, 478.

¹⁷ Sobre ello, *vid.* C. BLASCO JOVER, *Tres preguntas (con respuesta) sobre la excedencia por cuidado de hijos: cuando se requiere reformar la norma para ampliar su protección*, en prensa en *Revista de Derecho Social*, 2019.

podía obstaculizar la efectiva corresponsabilidad. Se explicó más arriba que la reforma laboral de 2012 configuró al permiso por lactancia como un “derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”, por lo que la titularidad del mismo venía a ser indistinta para uno u otro sexo. Ello no obstante, pensando tal vez en las necesidades organizativas de las empresas, se consideró conveniente limitar su ejercicio en el caso de que ambos progenitores trabajasen. En este caso, sólo uno de ellos, no los dos, podía utilizar las facultades que le confería el derecho¹⁸. Obviamente, en la práctica, no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso suponía perpetuar el tradicional rol de la mujer como cuidadora de los hijos por ser la que, aún a día de hoy, ya sea por ciertos convencionalismos sociales, ya sea por propia voluntad, sostiene la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros. Por lo tanto, no configurándose el derecho como intransferible, sino, más bien, como un único derecho a utilizar por uno u otro progenitor¹⁹, lo más probable que podía suceder es que quien lo utilizara de forma efectiva fuera la mujer en la gran mayoría de los casos, suponiendo ello un factor, otro más, que contribuía a su alejamiento del mercado de trabajo.

Felizmente, esta previsión ha desaparecido del texto legal y, aun cuando no se señale expresamente, debe entenderse que, hoy por hoy, el permiso por cuidado del lactante pertenece a ambos progenitores, sin que uno pueda transferírsele al otro o sin que uno deje de utilizarlo en pos del otro. Solamente así entendido este permiso, de forma dual y de posible ejercicio simultáneo, podrá erigirse como un mecanismo idóneo para el efectivo reparto de las cargas familiares que implica para una pareja la

¹⁸ Previsión ésta que planteó graves problemas interpretativos en sede judicial al tener que dilucidarse si el otro progenitor podía disfrutar del permiso por lactancia aun cuando la madre no prestara servicios, cuando fuera autónoma o cuando estuviera disfrutando de una excedencia. Así, en sentido afirmativo, pueden citarse, entre otras, SSTSJ Asturias, de 19 de febrero de 2019 (Rec. n. 2855/2018), Cataluña, de 9 de marzo de 2018 (Rec. n. 7001/2017), Madrid, de 5 de octubre de 2015 (Rec. n. 425/2015) y Galicia, 12 de noviembre de 2010 (Rec. n. 5429/2005). Por su parte, resolviendo negativamente la cuestión, *vid.* SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 19 de enero de 2017 (Rec. n. 3139/2016) y de 5 de noviembre de 2015 (Rec. n. 1634/2015), Castilla y León, Burgos, de 12 de julio de 2012 (Rec. n. 459/2012) y de 4 de diciembre de 2008 (Rec. n. 609/2008) y Navarra, de 24 de junio de 2008 (Rec. n. 172/2008). No obstante, la ya citada STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez) sentó las bases para entender que, al tratarse de un derecho de titularidad individual, resulta indiferente que uno de los dos progenitores no trabaje, pudiendo disfrutarlo, por tanto, el otro progenitor en los supuestos antes mencionados.

¹⁹ Sobre ello, *vid.* M. SERRANO ARGÜESO, N. EREÑAGA DE JESÚS, *De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso por lactancia. Realidad o utopía*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2014, n. 120, 169.

llegada de un hijo o, lo que es lo mismo, para alcanzar el fin de la corresponsabilidad que impregna una buena parte del texto del RD Ley 6/2019. De hecho, incide en el planteamiento anterior que una de las modalidades de ejercicio de este derecho, la reducción de jornada, se configure actualmente como un derecho intransferible y de ejercicio simultáneo, salvo cuando ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, en cuyo caso y por justificadas razones organizativas, se podría limitar. Ciertamente y adelantando una idea que después se comentará, quizá la técnica legislativa no ha sido la más apropiada, porque, puestos a configurar el permiso por cuidado de lactante de un modo acorde a las exigencias de corresponsabilidad, no hubiera estado de más que el adjetivo de intransferible se hubiera predicado del permiso en general y no sólo de una de las modalidades de su ejercicio²⁰. No obstante, y como se ha dicho, una interpretación finalista del precepto en cuestión, conduce a sostener que del hecho del nacimiento, adopción, guarda o acogimiento nacen dos derechos para el cuidado del lactante, uno para cada uno de progenitores, considerados éstos de forma individual y de posible ejercicio simultáneo.

2.2. Modalidades de ejercicio. Especial consideración a la reducción de jornada

El renovado permiso por cuidado del lactante sigue ofreciendo a sus titulares las tres opciones consabidas, esto es, la hora de ausencia al trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones, la reducción de la jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario²¹. Sigue dependiendo de la voluntad de los interesados, como no podía ser de otra forma, acogerse a una u a otra modalidad de ejercicio²², todas ellas retribuidas de forma íntegra²³, y debiendo

²⁰ Como así bien se plantea en el art. 48.f EBEP.

²¹ Acumulación, no está de más recordar, que se ha admitido que el otro progenitor pueda realizar aunque la madre tenga suspendido el contrato por maternidad, pues la incompatibilidad del permiso de lactancia con la suspensión del contrato por maternidad o paternidad se refiere únicamente al ejercicio simultáneo de ambos derechos por el mismo progenitor (SAN de 19 de julio de 2018, Proc. n. 144/2018).

²² El empresario, pues, no puede imponer la opción por el disfrute acumulado del derecho (STSJ Galicia, de 23 de enero de 2018, Rec. n. 4399/2017).

²³ Y ello porque, aunque el Estatuto nada diga acerca de la retribución de este derecho en cualquiera de sus modalidades de ejercicio, se ha entendido que «cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en

preavisarse al empresario «con una antelación de quince días la fecha en la que se iniciará y finalizará el permiso por cuidado del lactante» (art. 37.7 ET).

Esto no obstante, nada se ha previsto sobre ciertas cuestiones de detalle como, por ejemplo, si puede modificarse, transitoria o permanentemente, la opción inicial o cuál deba ser la jornada sobre la que se opera la reducción. Sobre la primera cuestión, nada debería impedir en principio la variación de la modalidad elegida si aconteciesen razones que lo justificasen y no se incurriese en abuso de derecho²⁴. Ahora bien, no hubiera estado de más que esta hipótesis hubiera accedido al texto legal para evitar posibles problemas o inconvenientes interpretativos. Lo mismo cabría predicar de la jornada sobre la que haya de operar la reducción. Parece evidente que la jornada es la propia del trabajador, ya que se hace referencia a la reducción de “su” jornada, ya sea ésta a tiempo completo o parcial²⁵. No se trata, pues, de la jornada ordinaria de la empresa o de la jornada normal de trabajo en la empresa²⁶. Se silencia, sin embargo, cuál deba ser el parámetro temporal sobre el que aplicar la citada reducción²⁷. Parece poco dudoso que la reducción sea de la jornada diaria de trabajo²⁸. De hecho, casi podría decirse que sería la opción prototípica por ser la que mejor encajaría con el diseño y la articulación del derecho: el trabajador tendría, de este modo, la posibilidad de trabajar parte de su jornada diaria y cuidar del menor el tiempo restante. Pero precisamente porque la norma nada señala sobre el particular (se alude a la reducción de la jornada sin más, no de la jornada diaria), no parece haber impedimento en aplicar otro módulo temporal, de tal manera que la reducción de

el Estatuto como en el convenio, que implique pérdida económica para el trabajador es contraria al espíritu de la norma y de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar» (SAN de 19 de noviembre de 2007, Proc. n.137/2007).

²⁴ J.I. GARCÍA NINET, *Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)*, en *Revista de Trabajo*, 1989, n. 49, 41, entre otros que sostienen esta postura.

²⁵ En el bien entendido que aunque la jornada del trabajador sea a tiempo parcial no se reducirá por ello la duración de su permiso por lactancia ni la retribución a él aparejada. Al respecto, *vid.* SSTSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de junio de 2018 (Rec. n. 234/2018), Islas Canarias, Las Palmas, de 20 de febrero de 2006 (Rec. n. 902/2003) y Cataluña, de 18 de marzo de 2003 (Rec. n. 4839/2002), entre otras muchas.

²⁶ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, 488.

²⁷ También en el ámbito de la función pública, ya que el art. 48.f EBEP tan sólo hace referencia a la jornada “normal”.

²⁸ Por ello aboga R. CRISTÓBAL RONCERO, *Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 133, 125. En el ámbito judicial, puede verse la STSJ Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero de 1999 (Rec. n. 473/1996).

jornada por lactancia podría consistir en dejar de trabajar un tiempo al día o a la semana o al mes.

Igualmente, y dada la comúnmente admitida escasa operatividad práctica de la hora de ausencia al trabajo habida cuenta del entorno urbano en el que vivimos y el considerable tiempo que se suele invertir en los desplazamientos desde el domicilio al centro de trabajo y a la inversa, quizá hubiera sido conveniente que en esta reforma se plasmara la eliminación de esta modalidad de ejercicio. Realmente, y en otros tiempos, esta previsión tenía su sentido, pero hoy por hoy y a mi entender lo ha perdido totalmente, siendo más una reminiscencia de un pasado lejano que una opción por la que apostar actualmente. De hecho, que al permiso por cuidado del lactante se le hayan anudado por el camino otras dos opciones más de ejercicio no hace más que confirmar la inoperatividad de la hora de ausencia habida cuenta de su carácter tan limitado. Por ello y en mi opinión, quizá una próxima reforma de este derecho debiera abogar sencillamente por plantear a sus titulares tan sólo dos opciones, la reducción de jornada y la acumulación, si es que ésta se prevé en convenio colectivo. No se desconoce, sin embargo, que la acumulación del permiso se produce sobre la hora de ausencia al trabajo²⁹, por lo que si se eliminase esta previsión, se plantearía acto seguido la pregunta sobre de qué modo, en base a qué parámetro horario, se produciría la citada acumulación. A mi modo de ver, la solución a este problema pasaría por aumentar a una hora la reducción de jornada, que bien podría articularse, dada su mayor eficiencia, en el retraso hasta en media hora de la entrada al trabajo y en el adelanto de la salida en otra media hora o en el retraso del inicio de la jornada en una hora o bien en el adelanto del fin de la misma en una hora³⁰. Y sobre esa hora de reducción de jornada, practicar entonces la acumulación del derecho en jornadas completas, salvo, claro está, que otra cosa estipulase el convenio colectivo mejorando lo dispuesto legalmente. De esta forma entiendo que podría tutelarse de mejor forma el bien jurídico protegido y permitir un mayor juego de los intereses conciliatorios de los progenitores.

Claramente no ha sido ésta la opción escogida por el RD Ley 6/2019, que, sin embargo, sí que ha preferido concretar algunos aspectos de la reducción de jornada, aunque, a mi juicio, con una deficiente técnica legislativa. Así y en línea de principio, ya se ha mencionado antes que la norma hace referencia a que la reducción de jornada «constituye un

²⁹ Salvo que ello se supere por otra previsión convencional o contractual más beneficiosa para el trabajador. *Vid.* STS de 19 de abril de 2018 (Rec. n. 1286/2016).

³⁰ Como se prevé, por otra parte, en el art. 48.f EBEP.

derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor». Ese carácter de intransferible sólo se predica, atendiendo al tenor literal del artículo, de una de las modalidades de ejercicio del derecho, la reducción de jornada; ello no obstante, como se ha comentado anteriormente, se considera que ese adjetivo debe hacerse extensivo al derecho en general y no sólo a uno de los modos de ejercitarlo.

En efecto, a mi juicio, no es razonable pensar que la reducción de jornada no se pueda transferir, pero sí el derecho a la ausencia de una hora o la acumulación en jornadas completas. Razones de coherencia interna del precepto con la norma en la que se ubica, así como la finalidad que se pretende conseguir con este permiso para el cuidado del lactante instan a obviar este planteamiento. Porque si lo que se pretende es, como señala la Exposición de Motivos del RD Ley 6/2019, «dar un paso más hacia la plena igualdad» y facilitar «el ejercicio por las personas trabajadoras de ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral», debe abogarse por una interpretación por la que se entienda que todo el derecho en sí es intransferible ya que, de otro modo, de no concederse a ambos progenitores por igual, se estarían repitiendo los errores del pasado y conduciendo de nuevo a la mujer a su alejamiento del mercado laboral y a su no emancipación de las tareas domésticas. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta, además, que el homólogo de este permiso en el ámbito de la función pública sí que se configura plenamente como intransferible, propio de cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Si ello es así, no existen argumentos bastantes para sostener que a los empleados públicos sí que se les reconozca este derecho de forma individual y no a los trabajadores por cuenta ajena, cuando los intereses que se protegen en uno y en otro caso son idénticos.

Por lo demás, la norma también señala que cuando la reducción de jornada sea ejercida «por dos personas trabajadoras de la misma empresa por un mismo sujeto causante», el empresario «podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito». Es esta una previsión que se construye a imagen y semejanza de la que se plantea para la reducción de jornada por guarda legal (art. 37.6 ET, *in fine*), por lo que tiene, en consecuencia, la misma finalidad que ésta: la búsqueda del equilibrio entre los dos intereses que están en juego, el de los progenitores a la conciliación y al cuidado del menor y el del empresario a la organización y buen funcionamiento de la actividad productiva. De esta forma, hay que entender que, aunque le corresponda al titular del permiso elegir la modalidad de disfrute que más le convenga a sus intereses, no pudiendo negarse el empresario a su

solicitud, el derecho no se configura de modo absoluto e ilimitado, pudiendo el empleador negarse a que uno de los progenitores haga uso de él si el otro también presta servicios en la misma empresa. Todo ello, claro está, siempre que se trate del mismo sujeto causante, del mismo menor, puesto que si de lo que se trata es de proporcionar el debido cuidado a dos menores distintos, esta limitación no podrá acontecer. En cualquier caso, la negativa del empresario no puede basarse en razones genéricas o espúreas; antes al contrario, pues tendrá que demostrar, habida cuenta que lo que está en juego es un interés de alto valor constitucional, que el ejercicio del permiso en su modalidad de reducción de jornada por ambos progenitores le ocasiona serios inconvenientes o desajustes en el normal funcionamiento de la empresa, lo que deberá comunicar siempre por escrito.

En fin, se señala también que «cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses». Indudablemente estamos ante la concesión de un período de gracia del permiso que intenta favorecer la corresponsabilidad entre ambos progenitores. Ejercitándose por los dos el derecho con «la misma duración y régimen», su disfrute se podrá extender hasta el año de vida de menor. Ahora bien, existe un problema con esta previsión, pues no queda bien claro si ese derecho al que alude la norma hace referencia al permiso por cuidado del lactante en general o a la reducción de jornada.

Ciertamente su ubicación justo en el párrafo siguiente al que se alude a la reducción de jornada, al carácter intransferible de ésta (*sic*) y su posible limitación cuando los dos progenitores sean trabajadores de la misma empresa podría significar que un párrafo va unido al otro y que el derecho al que se alude es la reducción de jornada. O no. Puesto que también podría interpretarse que ambos párrafos no están conectados y el derecho al que se alude aquí es el permiso por lactancia en general, esto es, en cualquier de sus tres modalidades de ejercicio.

Visto, pues, que la ubicación de esta previsión en el texto nada aclara, quizá un buen modo de resolver esta duda interpretativa sea acudiendo a las normas de Seguridad Social pues el propio RD Ley 6/2019, en su artículo 4.9, ha introducido una nueva prestación económica «por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». En ese precepto se indica que «a efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el

párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad». Se configura, de este modo, una nueva situación protegida que da derecho a la correspondiente prestación y que parte de la base de que ambos progenitores, los dos, han reducido su jornada para cuidar del menor desde que éste cumple los nueve meses y hasta que cumpla los doce.

Tomando este dato como punto de anclaje y aunando ambas previsiones, la del nuevo art. 37.4 ET, *in fine*, con la del nuevo redactado del art. 183 LGSS, se llega a la conclusión inexorable de que el período de gracia que se concede, que se extiende hasta el año de vida del lactante y que queda cubierto por la protección de la Seguridad Social, sólo acontecerá cuando se haga uso de la reducción de jornada de media hora. No así, pues, cuando se haga uso de la hora de ausencia o de la acumulación de esa hora de ausencia. Ahora bien, debe prestarse atención a un detalle: se hace referencia a que ambos progenitores deben ejercer este derecho, la reducción de jornada, «con la misma duración y régimen» para extenderlo más allá de los nueve meses del menor. Ciertamente y aunque se entienda que lo que se pretende buscar es el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, la norma abre cierto margen de duda. Porque ¿qué significa misma duración? ¿Y mismo régimen? En mi opinión y por lo que atañe a la primera cuestión, parece que se tiene en cuenta que el convenio colectivo puede mejorar la media hora que legalmente se concede de reducción de jornada, por lo que el período extra de disfrute sólo podrá acontecer, desde este punto de vista, cuando ambos progenitores hayan acordado reducir su jornada el mismo tiempo, ya sea éste media hora o el tiempo de más que se hubiera establecido convencionalmente. En cuanto a qué sea exactamente ese “mismo régimen” es un asunto todavía menos claro. Si la norma no se refiriera, como parece que así es como se ha explicado, a la reducción de jornada, podría interpretarse que ese régimen hace referencia al régimen de disfrute de derecho, esto es, la hora de ausencia, la reducción de jornada o la acumulación. Cerrada esta vía, podría entenderse que se alude a la distribución de tiempo de trabajo y tiempo de reducción de jornada, de tal forma que sólo cuando ambos progenitores hubiesen optado por reducir su jornada en base al mismo parámetro temporal (diario, semanal, mensual) podrá disfrutarse de tres meses más de reducción hasta llegar a los doce meses.

Finalmente, cerrando las previsiones sobre esta reducción de jornada

corresponsable por cuidado del lactante que el RD Ley 6/2019 contiene, cabe hacer referencia a esa nueva prestación económica que, como se anunció, se plasma en el art. 183 LGSS. Su finalidad parece claro que es paliar la reducción salarial que se sufrirá durante esos tres meses de más que se conceden más allá de los nueve meses de vida del lactante. Consistirá en un «subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo» y se extinguirá cuando el menor cumpla los doce meses de edad (art. 185 LGSS).

Ahora bien, si lo que se pretende – se incide de nuevo en ello – es incentivar el ejercicio masculino del derecho y promover la corresponsabilidad, no se entiende el motivo (a menos que sea estrictamente económico) por el que la prestación sólo podrá ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios (art. 184.2 LGSS). Si el derecho ya se ha dicho que es individual y esa configuración lo hace más compatible con los fines que pretende, quizá hubiera resultado más conveniente que ambos sujetos pudiesen tener acceso a la prestación. Y ello por cuanto lo contrario entiendo que constituiría un elemento disuasorio para los progenitores que pretendieran hacer uso de esta reducción de jornada corresponsable al saber que, por su disfrute, uno de ellos no tendría acceso a ningún beneficio derivado de la Seguridad Social y vería, además, reducido su salario, lo que, a la postre, supondría cuando menos limitar los efectos beneficiosos que pudiera poseer este tipo de reducción de jornada para la conciliación de la vida familiar y laboral y para la corresponsabilidad.

3. La adaptación de jornada por razones de conciliación en el actual art. 34.8 ET: la confirmación de la falta de aplicabilidad directa del derecho

El RD Ley 6/2019 también reforma un precepto del Estatuto, el art. 34.8, que planteaba muchas y muy variadas dudas interpretativas. Si se recuerda, el tenor del precepto era el siguiente: «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada,

el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

Dada su redacción, se discutía principalmente tanto a nivel judicial como doctrinal si el derecho en cuestión a la adaptación de la jornada por motivos conciliatorios y más allá de los estrechos márgenes de los arts. 37.4, 37.5 y 37.6 ET era un derecho exigible de forma directa aun en ausencia de pacto colectivo o individual o si, por el contrario, requería de su sustento en estos pactos para que pudiera hacerse uso del mismo. La doctrina se mostraba al respecto dividida. Así, había quienes opinaban que la adaptación de jornada requería de acuerdo colectivo o individual, por lo que no se debía configurar como un derecho individual o absoluto del trabajador y sí como un derecho que condicionaba su efectividad a la adaptación convencional de la jornada que pudiera establecer el convenio colectivo por cuidados o atenciones familiares. Se llegaba a afirmar, incluso, que la previsión convencional prevalecería sobre la que individualmente pudiera considerar el trabajador más adecuada a sus intereses personales y que, en defecto de previsión en convenio, el empresario podría denegar la solicitud de la concreta adaptación de la jornada solicitada por el trabajador³¹.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, abogaba por considerar que nos encontrábamos ante un derecho de eficacia directa exigible por el trabajador aun ante la inexistencia de pacto³². Y ello por tres motivos principalmente³³. El primero, por aplicación de la doctrina emanada de la STC 3/2007, de 15 de enero que, como se conoce, señala que «la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la

³¹ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, n. 155, 8 (versión *on line*). Acogiendo también este planteamiento habida cuenta de la literalidad de la norma, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 48, 30-31, y C. VIQUEIRA PÉREZ, *Algunas deficiencias en la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral*, en *Revista de Jurisprudencia*, 2019, n. 2, 1 (versión *on line*).

³² Así C. MOLINA NAVARRETE, *Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial*, en *Documentación Laboral*, 2014, n. 100, 21.

³³ Recogidos por M^a.A. GARCÍA RUBIO, *Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 2, 3 (versión *on line*).

compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa». De esta manera, si, en el caso que nos ocupa, se negara de forma absoluta el derecho a la adaptación de jornada, sin otras ponderaciones, ello podría afectar peligrosamente a la salvaguarda del derecho a la no discriminación y al mandato de protección a la familia. Por su parte, el segundo argumento se basaba en lo absurdo que supondría una interpretación contraria a la eficacia directa del derecho, ya que ello supondría privar de utilidad la previsión del art. 34.8 ET al dejarse en manos del empresario su concreta traslación en la práctica, pues le bastaría con negarse a negociar para privar de cualquier virtualidad al precepto. Finalmente, también se argüía como tercer argumento el hecho de que otros derechos conciliatorios cuyo ejercicio también se remite a los términos que establezca la negociación colectiva se han configurado por los Tribunales como derechos de eficacia directa pese a no existir pacto al respecto.

Había quien mantenía, en fin, una postura un tanto ecléctica y consideraba que, aunque no existiera un derecho unilateral del trabajador, la empresa no podía denegar la solicitud del trabajador sin negociar su propuesta horaria de manera injustificada sacrificando valores constitucionales³⁴.

Por su parte, a nivel judicial, tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia abogaban por entender que el derecho a la adaptación de jornada no era un derecho directamente aplicable y que, en ausencia de previsión convencional o pacto individual al respecto, la pretensión carecía de amparo legal³⁵.

³⁴ M^a.T. VELASCO PORTERO, *El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2015, n. 41, 83. Esta postura, incluso, ha tenido su traslación a nivel judicial en la STSJ Andalucía, Sevilla, de 1 de febrero de 2018 (Rec. n. 4108/2017), que, teniendo presente la dimensión constitucional de los derechos del trabajador en juego, postula que, exista o no convenio colectivo o acuerdo individual, lo que le asiste al trabajador es «un derecho a realizar al empresario propuestas razonables de adaptación de su jornada que desencadenará un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos [...] y con la única excepción de que [la propuesta del trabajador] resulte excesivamente gravosa para la organización de la empresa».

³⁵ Por todas, SSTTS de 24 de abril de 2012 (Rec. n. 3090/2011), 20 de octubre de 2010 (Rec. n. 3501/2009) y 13 de junio de 2008 (Rec. n. 897/2007) y SSTSJ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 21 de noviembre de 2012 (Rec. n. 1126/2011) y de 10 de noviembre de 2009 (Rec. n. 2376/2008), Cataluña, de 17 de octubre de 2011 (Rec. n. 2790/2011) y Madrid, de 2 de marzo de 2010 (Rec. n. 5855/2009) y de 18 de mayo de 2009 (Rec. n. 1679/2009).

El Tribunal Constitucional, por su lado, no se mostraba tan claro. De sobra son conocidas las dos sentencias, la 24/2011 y la 26/2011, ambas de 14 de marzo, pero dictadas por distintas Salas, que juzgaban al respecto de esta cuestión o, más en concreto, de si se puede solicitar la adscripción a otro turno sin solicitar, además, reducción de jornada con reducción proporcional del salario. Y las respuestas a las que se llega no pueden diferir más una de la otra. Desde luego, no es el momento para realizar aquí y ahora un análisis con detalle de ambas resoluciones³⁶; basta con comentar que, mientras que en la STC 26/2011, se seguían las directrices marcadas por la STC 3/2007 y se llegó a considerar que la denegación de la petición suponía una vulneración del derecho fundamental del trabajador a la no discriminación por razón de circunstancias familiares por suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral en conexión con el mandato de protección a la familia y a la infancia del art. 39 CE, en la segunda, en la STC 24/2011, se entiende que la negativa del empresario no vulnera derecho fundamental alguno pues la adaptación de jornada no es un derecho que sea exigible legalmente sin el debido apoyo en un pacto colectivo o individual.

En mi opinión, la nueva redacción dada al art. 34.8 ET viene a solucionar, aunque muy críticamente, esta polémica. Si se observa, la norma ya no señala que el trabajador «tendrá derecho» a adaptar su jornada; ahora expresamente se advierte que «las personas trabajadoras» (se vuelve a utilizar, innecesariamente, el lenguaje inclusivo) tienen «derecho a solicitar» dicha adaptación. Parece claro lo pretendido con el cambio: se opta por condicionar el ejercicio del derecho a una previa petición por parte del trabajador, lo que es tanto como decir, ya de entrada, que ningún derecho indubitado a adaptar su jornada le asiste, sino, más bien, una mera expectativa de derecho. Es más, esa petición tiene de por sí otro condicionante y es que la adaptación pretendida deberá ser «razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa». La norma no desconoce, pues, que los intereses del empresario están tutelados también por el marco constitucional (art. 38 CE) y que la medida de adaptación puede acabar afectando de forma indubitada a la organización de la empresa. Por ello, exige del trabajador que la petición que realice la haga ponderando, desde luego, sus circunstancias y necesidades familiares, pero teniendo en cuenta, además, que no sea desorbitada, absurda o del todo punto incompatible con la buena marcha de la empresa. Se trata, en definitiva, de equilibrar los efectos que para uno y otro sujeto va a tener la

³⁶ Sobre el particular, puede leerse a M^a.A. GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 3-21.

petición de adaptación de la jornada, buscando que no sufran en demasía los intereses en juego.

La solicitud se realizará, además, conforme a lo que haya dispuesto al efecto el convenio colectivo, al que se le hace un llamamiento para que, de modo obligatorio³⁷, establezca «los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo». El convenio tendrá que adoptar un papel más activo que el que hasta ahora venía ejerciendo³⁸ y entrar a concretar entonces, en base a estos parámetros y buscando siempre la ponderación entre las necesidades empresariales y las propias del trabajador, qué adaptaciones de jornada pueden solicitar los trabajadores de entre la amplia gama de posibilidades que existe, en el bien entendido que debería restringirlo hasta el punto de hacerlo impracticable. Y, en este sentido, fíjese que la norma hace referencia a «adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia», fórmula ésta que claramente supone ampliar el espectro de pretensiones con las que cuenta el trabajador.

En efecto, si se recuerda, el antiguo 34.8 ET aludía a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo y se ponían como ejemplos «la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas». Ahora, sin embargo, ya no sólo se dan cabida con el nuevo tenor de la norma las pretensiones de modulación del tiempo de trabajo, sino también las referidas a la forma de prestación de los servicios, pudiendo incluirse entre esas peticiones el teletrabajo. Ciertamente, esta ampliación de posibilidades no es baladí en tanto que supone ensanchar los márgenes de los que dispone el trabajador para poder conciliar su vida familiar con la laboral; posibilidades, además, que por expresa mención legal, serán compatibles con el ejercicio de los derechos del art. 37 ET³⁹. No obstante, ello también puede suponer – es

³⁷ No de otra forma puede entenderse la utilización del verbo imperativo “se pactarán”.

³⁸ Denunciada esta pasividad por un amplio sector doctrinal. Así J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 31, y N.ª M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, *La difícil aplicación del derecho de adaptación de la jornada por razones familiares y personales en defecto de acuerdo colectivo al respecto*, en *Tribuna Social*, 2010, n. 235, 23-24.

³⁹ Efectivamente, pues el penúltimo párrafo del nuevo art. 34.8 ET advierte de que «do dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los

evidente – una mayor reticencia a nivel empresarial, por lo que, de nuevo, se hace del punto conveniente que el convenio pase realmente a ocuparse de esta materia y aclare en qué consisten exactamente esas posibilidades y en qué términos puede ejercitarse el derecho. En cualquier caso y a modo quizá de salvaguarda, la norma también se ocupa de explicar que «la persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto».

Al hilo de lo anterior, una pregunta que cabe plantearse es si el trabajador podrá realizar una petición más allá de lo estipulado en convenio. En mi opinión, no podría ser posible, dado que el tenor literal de la norma se muestra claro: sólo en defecto de convenio se abrirá la negociación con el empresario. Y ello, al límite, es tanto como decir que el trabajador no tendrá un derecho de propuesta en función de cuáles sean sus concretas necesidades familiares⁴⁰, teniendo que acomodar su pretensión a los supuestos de adaptación de jornada previstos en el convenio... aun a riesgo de que la efectividad del derecho quede anulada si el convenio delimita unos pocos supuestos de adaptación.

Relacionado con ello, repárese en que, en contraposición a la redacción anterior de la norma en la que se hacía referencia a que el derecho de adaptación se haría efectivo «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella», el pacto individual ahora sólo podrá surgir “en ausencia” de previsión en convenio, por lo que parece de nuevo claro el deseo del legislador: convertir a la negociación colectiva en la vía principal para articular el derecho y dotarla de preferencia para regular esta materia en detrimento del pacto individual, que sólo podrá jugar en un único supuesto.

Por lo demás y antes de entrar en el régimen del pacto individual, una última matización no de menor calado. Fíjese que con la redacción anterior, la norma daba cobertura a los supuestos de necesidades conciliatorias familiares, pero también personales, por lo que, en principio, nada impedía que se utilizara el derecho a la adaptación frente a cualquier situación personal o particular del propio trabajador independiente de la familia en sí. Ahora, sin embargo, el término “personal” desaparece del

permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37».

⁴⁰ Así interpretaba el derecho C. MOLINA NAVARRETE, *Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal*, en *Diario La Ley*, 2008, n. 7057, 6, en su redacción anterior.

texto, por lo que debe entenderse, muy críticamente a mi modo de ver, que la adaptación sólo prosperará si el trabajador con ella pretende atender responsabilidades familiares, se traten éstas del cuidado de hijos (hasta los doce años)⁴¹ o de otras personas dependientes. La protección a la familia se convierte, pues, en el objetivo prioritario de la reforma a la que se ha sometido al art. 34.8 ET, dejándose de lado cualquier otro interés del trabajador que le obligue a conciliar (salud, formación, etc).

Por lo que atañe al pacto individual, éste sólo podrá entrar en juego, como se ha dejado apuntado, en ausencia de previsión contenida en negociación colectiva. Obviamente, dejar en manos del acuerdo con el empresario el ejercicio del derecho supone generar situaciones de cierta tensión entre aquél y el trabajador y que no suelen ser fáciles de resolver, al menos para la parte más débil de la contratación. Consciente de ello, la norma ha tenido a bien regular, a diferencia de la situación anterior, los términos de esa negociación (aunque otra cosa será cómo se traduzca ello en la práctica cotidiana de las empresas).

De esta manera, se obliga al empleador a que abra con el trabajador un “proceso de negociación” durante «un periodo máximo de treinta días» para valorar la propuesta de adaptación efectuada y su encaje en las necesidades organizativas de la empresa. Transcurrido ese plazo⁴², «la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión». Con ello se trata, pues, de que el empresario mantenga una actitud abierta, de buena fe, hacia la negociación, pues ahora se le obliga a que presente, ante su inicial disconformidad, propuestas alternativas de adaptación de jornada. Si, por el contrario, su respuesta es negativa (pues al deber de negociar no le sigue un deber de llegar a un acuerdo), ésta deberá basarla en razones justificativas bastantes que alejen cualquier ánimo caprichoso, abusivo o de mala fe por su parte⁴³. Con todo, ese derecho de veto del empresario no podrá bloquear de forma absoluta el ejercicio de la adaptación de jornada por parte del trabajador, ya que se prevé por la norma que se puedan reconducir las discrepancias surgidas al

⁴¹ Previsión de los doce años en clara correspondencia con la homóloga que se prevé para el caso de la reducción de jornada por guarda legal.

⁴² Plazo de treinta días, por cierto, que se antoja verdaderamente excesivo, teniendo en cuenta que las necesidades conciliatorias suelen revestir de cierta urgencia para el trabajador.

⁴³ Que, si se recuerda, es, precisamente, lo que propugnaba la STSJ Andalucía, Sevilla, de 1 de febrero de 2018 (Rec. n. 4108/2017).

procedimiento del art. 139 LRJS, quedando entonces sometido el derecho a la oportuna decisión judicial tras el examen y la ponderación de las circunstancias del caso.

Siendo tal el nuevo planteamiento del derecho a la adaptación de jornada, no puede más que criticarse la insuficiencia de la legislación. Ciertamente es que se han ampliado los supuestos de adaptación y que se obliga a que el convenio entre más en juego en esta materia; pero si lo pretendido por los impulsores del RD Ley 6/2019 era fomentar la igualdad y la corresponsabilidad, huelga decir que hubiera sido preferible que se reconociera el derecho de forma indubitada, abierta y efectiva como así se hace con otros derechos conciliatorios y en consonancia, por cierto, con su dimensión constitucional derivada del art. 39 CE. Y ello tanto para evitar el camino de la negociación colectiva (hasta el momento, impracticable por el escaso interés mostrado en la regulación del derecho), como para evitar la senda del pacto individual, muy condicionado éste, no hace falta agotar argumentos, a las tensiones derivadas de la mayor fuerza contractual que tiene el empresario frente al trabajador, como para revertir el grave obstáculo que supondría para la permanencia en el mercado de trabajo de las mujeres (las que más ejercitan los derechos de conciliación) la denegación u obstaculización de algún modo de solicitudes de este tipo al verse obligadas, entonces, a optar por derechos de conciliación menos ventajosos⁴⁴. Al menos, queda abierta la vía judicial para resolver las discrepancias que puedan plantearse, debiendo ponderar el juez o Tribunal las exigencias organizativas de la empresa y los intereses conciliatorios del trabajador, pero teniendo siempre en cuenta, a mi modo de ver, aquella dimensión constitucional del derecho que anteriormente se ha apuntado y que haría que prevalecería la pretensión del trabajador, salvo en momentos muy puntuales en los que los desajustes organizativos o productivos en la empresa si se atendiera la petición fueran verdaderamente desorbitados o trajeran su causa en justificantes bastantes y razonables.

⁴⁴ Y es que, frente a otros derechos conciliatorios de ausencia, la adaptación de jornada es un mecanismo más eficaz, al configurarse como un derecho de presencia que no desvincula al trabajador del mundo laboral ni le hace perder habilidades laborales. Sobre ello, *vid.* M^a.A. BALLESTER PASTOR, *De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, 104.

4. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR M^a.A., *De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57
- BLASCO JOVER C., *Tres preguntas (con respuesta) sobre la excedencia por cuidado de hijos: cuando se requiere reformar la norma para ampliar su protección*, en prensa en *Revista de Derecho Social*, 2019
- CRISTÓBAL RONCERO R., *Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 133
- ESPUNY TOMÁS M.J., [Los antecedentes históricos al permiso por lactancia](#), en [IUSLabor](#), 2006, n. 2
- GARCÍA NINET J.I., *Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)*, en *Revista de Trabajo*, 1989, n. 49
- GARCÍA RUBIO M^a.A., *Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 2 (versión *on line*)
- GORELLI HERNÁNDEZ J., *Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 48
- LÓPEZ ANIORTE C., *Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 214
- MARTÍNEZ YÁÑEZ N.M^a., *La difícil aplicación del derecho de adaptación de la jornada por razones familiares y personales en defecto de acuerdo colectivo al respecto*, en *Tribuna Social*, 2010, n. 235
- MOLINA NAVARRETE C., *Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal*, en *Diario La Ley*, 2008, n. 7057
- MOLINA NAVARRETE C., *Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial*, en *Documentación Laboral*, 2014, n. 100
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *Permiso por lactancia*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre hombres y mujeres*, BOE, 2018

- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, n. 155 (versión *on line*)
- SEMPERE NAVARRO A.V., *Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, n. 8 (versión *on line*)
- SERRANO ARGÜESO M., EREÑAGA DE JESÚS N., *De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso por lactancia. Realidad o utopía*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2014, n. 120
- VELASCO PORTERO M^a.T., *El conflicto entre conciliación y necesidades empresariales en la organización del tiempo de trabajo: regulación legal, doctrina judicial e importancia de la negociación*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2015, n. 41
- VIQUEIRA PÉREZ C., *Algunas deficiencias en la regulación de los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral*, en *Revista de Jurisprudencia*, 2019, n. 2 (versión *on line*)

La reforma del sistema de pensiones: una visión comparada España/Francia*

Miguel GUTIÉRREZ PÉREZ**
Francisco Javier HIERRO HIERRO***

RESUMEN: En este trabajo se lleva a cabo un examen de los principales elementos que caracterizan el sistema de jubilaciones en Francia. Ello da paso al análisis de los hitos reformadores por los que ha ido atravesando el mismo con el objetivo último de lograr la sostenibilidad y equilibrio necesarios de su sistema de protección social. Los problemas de financiación, tal cual acontece en otros tantos países europeos entre los que se incluye España, urgen medidas para su salvaguarda. La aproximación al sistema de jubilaciones francés desde la óptica española permite fijar paralelismo y disonancias acerca de las reglas adoptadas en ambos Estados con respecto a esta cuestión. Siendo plenamente conscientes de que en ambos casos se asiste a una materia viva, en la que los procesos de reformas continuarán en los próximos meses, se hace más necesario su estudio.

Palabras clave: Jubilación, reforma, pensiones, Francia, España, financiación.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas: semejanzas y diferencias entre las realidades de Francia y España (algunos datos estadísticos). 2. Reglas básicas del sistema de jubilación francés. 2.1. Pensión básica de jubilación. 2.2. Pensión complementaria de jubilación. 3. La financiación del sistema de jubilación en el país galo y los problemas de sostenibilidad. 4. Evolución del proceso de reformas del sistema de jubilación en el país vecino. 5. Paralelismos en los procesos de reformas del sistema español y francés de los últimos años. 6. La reforma por venir en el ámbito interno. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación *Sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones: ¿un diálogo imposible?*, RETOS 2017 Ref. DER2017-86394-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad – hoy Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Agencia Estatal de Investigación) – y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

** Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Extremadura (España).

*** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Extremadura (España).

The Reform of the Pension System: a Comparative Vision Spain/France

ABSTRACT: In this work we have carried out an examination of the main elements that characterize the retirement system in France, from there to analyze the main processes of reforms through which it has been going through, in order to achieve sustainability and balance necessary to guarantee its viability, taking into account the problems that it presents in its financing, as it happens in many other European countries, as is the case, also, of Spain. That is why we wanted to analyze the French retirement system from the Spanish perspective, in order to study the convergence or divergence in the measures adopted in both States with respect to this issue. Being aware that in both cases, we are witnessing a living matter, in which the reform processes will continue in the coming months, in order to be able to solve the financial problems presented by the pension systems in these two.

Key Words: Retirement, reform, pensions, France, Spain, financing.

1. Consideraciones previas: semejanzas y diferencias entre las realidades de Francia y España (algunos datos estadísticos)

En el ánimo de ofrecer al lector algunos datos básicos de las realidades que caracterizan los países que centran el presente trabajo desde el plano de la protección social, en estas primeras páginas introductorias se hace alusión a cuestiones diversas que impregnan el devenir del marco regulador interno en materia de pensiones en cada uno de ellos. Aspectos demográficos, cuantía de las prestaciones o coste para las arcas públicas del modelo de cobertura constituyen estas referencias.

Así, en primer lugar, la situación demográfica en Francia y España en lo que a la población mayor de 65 años se refiere. Esta es prácticamente idéntica, las diferencias son casi inexistentes.

Para el supuesto nacional la población mayor de la edad referenciada representa el 18,5% del total o, en términos absolutos, 8,3 millones de personas. Ello supone un incremento porcentual relevante de dos puntos con respecto a la última década (y los pronósticos sobre envejecimiento continúan)¹.

En el caso de Francia la tasa de personas en igual franja de edad es casi idéntica, situándose en un 18,4% del total, apenas una décima inferior a las cifras nacionales. Sin embargo, en términos globales ello hace superar los 12 millones de personas.

Pese a lo elevado de los datos, todavía estos países parejos en números se encuentran alejados de aquellos otros del conjunto de la Unión que ofrecen peores tasas de envejecimiento. Entre ellos se sitúan Alemania e Italia. En estos la población mayor de 65 años representa algo más 20% del total (21% para ser más precisos).

Tampoco son grandes las diferencias, en segundo lugar, que existen entre ambos países en lo que se refiere a la duración media de la vida laboral y a la cotización exigida.

Para el territorio patrio la duración media de la vida laboral y de cotización, la cual ha aumentado en los últimos años de manera significativa, es de 35 años. En el país galo, por su parte, y aunque se llega a la edad de jubilación con menos años cotizados y trabajados, la media de vida laboral es muy próxima a la ya ofrecida, concretándose en 34,2 años.

Los dos países vuelven a tener en común que están muy lejos de los países

¹ Se confirma el aumento de la esperanza de vida en España. Es el país de la Unión con un mayor índice: 83 años para el año 2015. Lo que proyectado a futuro se fija en los 83,2 años en los varones y los 87,7 en las mujeres en el año 2031 y en los 88,5 años para los hombres y en los 91,6 años para las mujeres en el año 2065, *cf.* INE, *Proyecciones de Población 2016-2066*, 2016, 3.

más avanzados (o más exigentes) en esta cuestión donde los períodos de cotización y de trabajo son más amplios: Suecia (41,2 años), Holanda (39,9), Dinamarca (39,3) o Reino Unido (38,6 años).

Otro dato estadístico que merece la pena ser destacado, en tercer lugar, es el correspondiente al gasto dedicado en términos de Producto Interior Bruto (PIB) a pagar las pensiones. En este sentido, España dedica menos gasto a pagar pensiones (11,5%) que Francia (15%).

Asimismo, debe ponerse en valor, en cuarto lugar, que las pensiones públicas españolas siguen siendo mucho más generosas que la de los vecinos franceses, cuando se comparan con el salario previo a la edad de jubilación. La tasa de sustitución neta en el caso del jubilado medio español es del 82%, lo que supone una de las ratios más altas de toda la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Por su parte, en Francia dicha tasa es de entorno al 55%.

Continuando en esta línea de rasgos configuradores de ambos contextos, en último lugar debe destacarse la importante diferencia existente en la pensión máxima entre ambos países. La pensión máxima española es la segunda más elevada de toda la Unión Europea, con 2.659,41 euros de pensión máxima para 2019. La cuantía de la pensión máxima en Francia viene a ser menos de la mitad que la española, esto es, 1.135 euros².

A modo de imagen, con la que obtener una fotografía fija de la realidad de ambos países se ofrece el siguiente cuadro:

| País | Población mayor de 65 años | Duración media vida laboral-cotización | Gasto pib en pago de pensiones | Tasa sustitución jubilado medio | Pensión máxima |
|---------|----------------------------|--|--------------------------------|---------------------------------|----------------|
| Francia | 18,4% | 34,2 | 15% | 55% | 1.135 euros |
| España | 18,5% | 35 | 11,5% | 82% | 2.659,41 euros |

Pues bien, con este escenario se trata en las próximas páginas de realizar una aproximación a los principales elementos que caracterizan el sistema francés de pensiones, todo ello desde la perspectiva de nuestro país. La determinación de paralelismos o divergencias que presentan uno y otro sistema, especialmente a partir de los diferentes procesos de reformas experimentados por los distintos sistemas, ocupa las páginas siguientes.

A modo de introducción o de contextualización se comenzará, en primer término, efectuando un breve recorrido por las líneas maestras que

² J. CALVO VÉRGEZ, *Análisis comparado de los sistemas de pensiones vigentes en los principales Estados de la Unión Europea*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, n. 11, 2 ss.

definen el funcionamiento y la estructura del sistema francés de pensiones.

2. Reglas básicas del sistema de jubilación francés

Este sistema viene marcado, esencialmente, por la existencia de una pensión básica de jubilación y una pensión complementaria. Si bien, debe tenerse en cuenta que ambas pensiones están basadas en la técnica de reparto.

Esta dualidad obliga a examinar los requisitos exigidos para poder acceder a cada una de ellas. Aun cuando, como se verá posteriormente, las mismas han estado sujetas a un continuo proceso de reformas, el cual viene a culminar con la reciente propuesta de reforma de 2018, que habrá de culminar en 2019.

2.1. Pensión básica de jubilación

La pensión básica se articula a través de los artículos del [Código de Seguridad social L-351, R-351, D-351](#). Debe advertirse en estos primeros compases que la edad legal de jubilación se sitúa en los 62 años.

A raíz de estos presupuestos normativos, esta pensión permite disfrutar de una cantidad vitalicia que puede ascender hasta el 50% del importe que resulte de calcular la media de los mejores 25 años de cotización (actualizados conforme al IPC). Para alcanzar la pensión completa, esto es, el 50% de la base reguladora, se exige un determinado número de trimestres cotizados: 160 (40 años) para los nacidos antes de 1949, 161 para los nacidos en 1949, 162 para los nacidos en 1950 y así hasta 172 para los nacidos a partir de 1972, esto es, 43 años. Para que un trimestre pueda ser validado se deben acreditar unos ingresos de 150 veces el salario mínimo horario³.

Debe tenerse en cuenta que la legislación francesa prevé también una bonificación de la pensión (surcote) para aquellas personas que hayan alcanzado el período previsto para obtener la liquidación de la pensión con la tasa completa, habida cuenta de su año de nacimiento, y que sigan trabajando después de cumplir la edad legal de liquidación de la pensión (entre 60 y 62 años en función del año de nacimiento), beneficiándose de un aumento de la pensión. Estas disposiciones se aplican desde el 1 de

³ J. GARCÍA MURCIA, I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Perspectiva comparada de las medidas de sostenibilidad del sistema de pensiones en Europa*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 2 Extra.

enero de 2004, con tasas diferentes en función del momento en que se hayan efectuado dichos períodos. Para los períodos posteriores al 1 de enero de 2009, el tipo de bonificación es del 1,25% por trimestre suplementario.

Por otro lado, se contempla en la normativa que si no se acredita el número necesario de trimestres cotizados, la pensión es reconocida con la disminución que resulte de aplicar un coeficiente reductor al porcentaje máximo de la pensión (se le aplica una “décote” o tasa reducida). Este coeficiente reductor es igual al producto que resulte de multiplicar el número de trimestres que falten para alcanzar la pensión completa por el coeficiente aplicable en función del año de nacimiento del asegurado y que va progresivamente del 1,625% para los asegurados nacidos en 1950, 1,5% para los nacidos en 1951, 1,375%, para los nacidos en 1952 y 1,25% para los nacidos a partir de 1953 (o sea una disminución del 0,625% por cada trimestre faltante). La liquidación de la pensión con la aplicación de la tasa reducida es definitiva.

Si se desea obtener la pensión sin coeficiente reductor y no se tienen los trimestres suficientes para obtener la pensión completa, 50% de la base reguladora, esta puede obtenerse a una determinada edad según la fecha de nacimiento, y será prorrateada según el nº de trimestres cotizados. En concreto, las edades que se establecen para alcanzar la pensión completa, aun sin reunir el número de trimestres necesarios para ello serán las siguientes⁴:

| Fecha de nacimiento | Edad de jubilación |
|---|--------------------|
| A partir del 01/07/1951 y hasta 31//12/1951 | 65 años y 4 meses |
| En 1952 | 65 años y 9 meses |
| En 1953 | 66 años y 2 meses |
| En 1954 | 66 años y 7 meses |
| A partir de 1955 | 67 años |

2.2. Pensión complementaria de jubilación

La pensión complementaria se encuentra regulada en los artículos del Código de Seguridad Social L-921, L-922, R-912, R-922, D-911, D912. Su

⁴ Cfr. <https://www.lassuranceretraite.fr/portail-info/retraites>.

elemento configurador de base es la complejidad que presenta su regulación.

Por lo que se refiere a su ámbito subjetivo, esta cubre obligatoriamente a los trabajadores por cuenta ajena de las empresas y organismos del sector privado que cotizan por esa pensión en el régimen general, en el agrario o en el de la minería.

Por otra parte, en cuanto a su gestión, esta ha estado atribuida tradicionalmente a dos entidades privadas (con participación sindical y patronal), sin ánimo de lucro y con supervisión pública, AGIRC (Asociación general de las instituciones de seguro de vejez para los cargos directivos) y ARRCO (Asociación para el régimen complementario de los trabajadores por cuenta ajena).

A ARRCO cotizaban los asalariados y los directivos hasta el límite máximo establecido para los asalariados. Por encima del límite máximo los directivos cotizaban a AGIRC.

No obstante, debe tenerse en cuenta que a partir del 1 de enero de 2019 se ha producido la fusión de estas dos entidades, estableciéndose un nuevo régimen de gestión AGIRC-ARRCO.

A pesar de esta gestión privada se trata de un mecanismo de reparto público y obligatorio, en el que los afiliados realizan sus cotizaciones y consiguen puntos anuales que se canjean por una pensión de jubilación llegado el momento de devengo. La pensión de jubilación complementaria resultará del número de puntos adquiridos durante toda la vida laboral y de la edad de inicio de la jubilación. La cuantía de la pensión será el resultado de multiplicar los puntos por su valor en el momento de liquidación de la pensión.

Al igual que para la pensión básica, la edad ordinaria de jubilación se sitúa en los 62 años, siempre que se este con esa edad en condiciones de obtener la pensión básica completa. En caso contrario, la edad legal de jubilación se cifra entre los 65 y los 67 años, en función del año de nacimiento.

No obstante, y como es habitual en todas las regulaciones en el capo de la protección social, también caben supuestos de excepción, pudiéndose solicitar la liquidación anticipada de los derechos con aplicación de coeficientes reductores entre los 55 y los 57 años de edad (en función del año de nacimiento).

Por lo que se refiere a la adquisición de puntos, esta se concreta en que cada año, esto es de modo anual, el importe de las cotizaciones pagadas en función de un salario o renta de referencia se traduce en puntos, según el valor de compra unitario de este último, aplicable al ejercicio de referencia. De este modo, en este régimen de puntos el importe de la

pensión es proporcional a los ingresos laborales del conjunto de la vida laboral y no está únicamente en función de los 25 mejores años, como es el caso de la pensión básica.

El importe de la pensión, por su parte, se calcula multiplicando el número de puntos adquiridos por su valor en el momento de la liquidación de la pensión. En otras palabras, las cotizaciones se convierten en puntos de jubilación complementaria, y cada año, se establece el “precio de compra” o salario de referencia del punto.

Tomando como referencia el ejercicio 2015, un punto ARRCO se obtiene a partir de 15,2589 euros de cotización y un punto AGIRC es igual a 5,3075 euros cotizados. Cuando se pretende liquidar la pensión, esos puntos adquiridos por el trabajador se multiplican por el valor – denominado – de servicio atribuido anualmente al punto (a partir de 1 de noviembre de 2018 en el caso ARRCO ese valor es de 1,2588 euros, y en el caso de AGIRC 0,4378 euros por punto). No obstante, debe advertirse que a partir de 2019 se ha establecido un valor del punto único para el punto AGIRC-ARRCO que corresponde al valor del punto ARRCO, a saber 1,2588 euros.

3. La financiación del sistema de jubilación en el país galo y los problemas de sostenibilidad

La financiación del sistema de pensiones en el país vecino se caracteriza por la importante cuantía de los recursos económicos empleados y por la diversidad de los medios de recaudación utilizados, que son un reflejo del propio sistema.

Se debe tener en cuenta que si bien las cotizaciones de vejez representan alrededor del 80 % de la financiación de la contingencia vejez-supervivencia, frente al 50 % en el caso de la protección social por otros riesgos⁵, lo cierto es que en la actualidad el sistema de pensiones francés ha de hacer frente a un problema de sostenibilidad, puesto que desde hace años las cotizaciones sociales no han sido suficientes para costear tan onerosa carga, ya que solo cuenta con 1,43 cotizantes por cada pensionista. Concretamente, los cotizantes se ubican en torno a los 26,5

⁵ En concreto, las cotizaciones sociales de los empresarios con relación a la jubilación se sitúan en torno al 44%. Mientras que las cotizaciones de los propios asegurados se sitúan alrededor del 26%. La suma de esta fuente de financiación totaliza en Francia el 74%. Otro aspecto para tener en cuenta es el de la proporcionalidad entre la contribución de los empresarios y la de los trabajadores, donde los primeros aportan un 85% más de las cuotas con las que contribuyen los trabajadores.

millones de trabajadores, mientras que los pensionistas alcanzan los 18,5 millones. Por este motivo se decidió crear en 1991⁶ un tributo⁷ finalista denominado “Contribución Social Generalizada” (CSG), con el objetivo de mejorar la financiación de la protección social en general, constituyendo dicho tributo en la actualidad un modelo exclusivo del sistema de Seguridad Social francés.

Inicialmente la CGS gravaba con un 1,1% los salarios y las rentas del capital. Sin embargo, desde 2005 los salarios son gravados con una exacción del 7,5%, las rentas del capital con una del 8,2% y las propias pensiones con una del 6,6%. No obstante, si la pensión se ubica entre 10.997 y 14.374 euros el tipo de gravamen se sitúa en el 3,8%⁸. En este sentido, el 14 % de la financiación proviene de los impuestos y tasas afectados, habiéndose cuadruplicado la parte de los impuestos y de las tasas dedicados a la financiación de las jubilaciones desde 2006, debiendo destacarse al respecto las transferencias del IVA y de los impuestos sobre el consumo (alcohol y tabaco)⁹. Es más, fiel reflejo de dicho incremento es el importante aumento experimentado por la CSG en 2018, puesto que se contempla que el referido tributo se vea incrementado hasta el 9,2% de los salarios.

Es por ello que se puede concluir que al final, los jubilados terminarán financiando su pensión, cada vez más, a través de su consumo o de sus rentas. Asimismo, entre la diversidad de medios para la financiación del sistema se encuentran las contribuciones públicas (principalmente las

⁶ La CSG fue regulada por primera vez en la Ley n. 90-11682(LP 1991) de Presupuestos del Estado para 1991, en un apartado de la norma titulado *La institución de una contribución social generalizada*. Cuando se estimó necesaria la creación de una contribución de este tipo, se realizaron diversos estudios e informes para valorar si debía estar orientada a gravar la producción, o ser extendida a las rentas de los hogares, optándose por esta segunda posibilidad, ya que con ello se conseguían aligerar las cotizaciones sociales, y un objetivo de equidad al incorporar a la base de la contribución las rentas que, con una finalidad solidaria, se aplicaban a la imposición sobre la renta. En la Ley de Presupuestos para 1983 se encuentra un antecedente de la CSG, ya que se fijó una contribución del 1% sobre la renta de las personas fijas para financiar el déficit de la Caja Nacional de prestaciones familiares. *Vid.* J. AIBAR BERNAD, *La contribución social generalizada francesa, garantía frente a los desafíos financieros de la protección social*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 10, 19 ss.

⁷ No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque la CSG fue calificada por las Instituciones y por la doctrina francesas como un impuesto, posteriormente el TJUE modificó esta calificación, otorgando a la contribución la naturaleza de cotización al financiar varias ramas del Régimen de Seguridad Social.

⁸ J. CALVO VÉRGEZ, *op. cit.*, 12.

⁹ AA.VV., *Francia – La financiación del sistema de jubilación*, en *Actualidad Internacional Sociolaboral*, 2017, n. 213, 117-121.

subvenciones para lograr su equilibrio), que aseguran el resto del sistema. Ahora bien, a pesar de los problemas de sostenibilidad que presenta el sistema francés de pensiones, hay un dato relevador a tener en cuenta, sobre todo, si lo comparamos con los problemas de sostenibilidad que presenta el sistema español de pensiones. Y es que debe tenerse presente que el mercado laboral francés ofrece unos salarios comparativamente más elevados que los que rigen en España. Y, en términos relativos (pensiones en relación a los salarios) sus pensiones son sustancialmente más bajas que las existentes en nuestro país. Las tasas de sustitución, importe de la pensión de jubilación respecto del último salario, difieren entre ambos Estados tal y como se ha puesto de manifiesto *supra*. Tendencia y variación que se agravará en los años próximos por cuanto se ha previsto además que la tasa de sustitución caiga hasta el 40% a lo largo de las próximas décadas en el país galo¹⁰.

4. Evolución del proceso de reformas del sistema de jubilación en el país vecino

Como en buena parte de los países occidentales con importantes tasas de envejecimiento de la población, son numerosas y variadas las reformas que se han llevado a cabo también en Francia para garantizar la sustentabilidad de los dispositivos de protección social creados en el periodo de posguerra.

Lo que caracteriza a este país es que, sobre un período de 20 años, los poderes públicos han tenido que modificar en cinco ocasiones las normas de funcionamiento del régimen de las jubilaciones, sin que por ello que garantice completamente su sustentabilidad. La realidad social supera los pronósticos a medio y largo plazo y los ajustes deben ser continuos en la materia.

En este sentido, y con una visión histórica, debe partirse de la Ley del 5 de abril de 1910. En ella se fijó por primera vez la edad de la jubilación en 65 años, instaurando el sistema de reparto y su integración en el Organismo de Seguridad Social, manteniéndose esta norma en las resoluciones de 1945.

Hubo que esperar a la “Ordenanza Auroux” de 25 de marzo de 1982 para que se concediera la jubilación anticipada, a una edad más temprana, a partir de los 60 años, con 37,5 años de cotización, a la tasa plena del 50 % del salario anual promedio.

¹⁰ J. CALVO VÉRGEZ, *op. cit.*, 12-13.

A partir de ese momento el criterio de la edad legal de inicio de la jubilación se ha convertido en una temática sensible para las esferas políticas y sindicales.

Se pasa a continuación a glosar las principales reformas que se han acometido en el sistema de jubilación de este país¹¹:

- a) la primera gran reforma se implementó el 22 de julio de 1993. Esta ley reformó las jubilaciones del sector privado, estableciendo la revalorización de las pensiones en función de los precios y no de los salarios, elevando la duración del periodo de cotización que permite gozar del derecho a una pensión a tasa plena de 150 a 160 trimestres y modificando los años tenidos en cuenta para el cálculo del salario de referencia (pasó de los 10 a los 25 mejores años);
- b) la ley de financiación de la Seguridad Social de 1999 instituyó un fondo de reserva para las jubilaciones. Dicho fondo tenía la ambición de permitir la constitución de una reserva de ahorro colectiva suficiente para soportar los esfuerzos de financiación de los regímenes entre el año 2020 y el año 2040, anticipando la llegada de una numerosa cantidad de personas a la edad jubilatoria durante dicho período;
- c) la Ley del 21 de agosto de 2003 introdujo importantes modificaciones. Esta ley tenía en efecto dos objetivos. El primero consistía en equiparar las condiciones de acceso a la jubilación de los empleados de la función pública con las condiciones requeridas para los asegurados del sector privado: igualdad en la duración de cotización necesaria para una jubilación a tasa plena e indexación de todas las pensiones sobre los precios. El segundo objetivo consistía en la adaptación de los parámetros del sistema al envejecimiento de la población y la introducción de una mayor libertad en las condiciones de inicio de la jubilación: la duración del periodo de aportes necesarios para obtener una jubilación a tasa plena aumentaría en paralelo al aumento de la esperanza de vida; con la posibilidad de jubilarse más temprano con una reducción de la pensión o retrasar su jubilación para aumentar el importe de su pensión;
- d) la ley 2010-1330 del 9 de noviembre de 2010 abordó nuevamente una cuestión espinosa, el aumento de la edad legal de la jubilación, siendo esta la medida estrella de la reforma. Se decidió efectuar un aumento progresivo de 60 a 62 años de la edad hacia la apertura de los derechos a la jubilación¹². No obstante, y como por otra parte es habitual en este

¹¹ P. FADEUILHE, *El futuro de las jubilaciones. Análisis de las recientes evoluciones en Europa*, en *Aequitas*, 2016, n. 10, 262-264.

¹² La edad de jubilación, establecida en los 60 años desde 1982, se eleva a los 62 al ritmo de cuatro meses por generación, a partir del 1 de julio de 1951, hasta llegar a los 62 años

tipo de modificaciones, se establecieron numerosas excepciones, por lo que los asegurados podrían continuar jubilándose a los 60 años o antes, en virtud de la penosidad de su trabajo¹³, de una carrera larga¹⁴, por pertenecer al servicio público activo o por cotizar a uno de los regímenes especiales¹⁵. Además dicha reforma contempla también un aumento progresivo de la edad de liquidación de una jubilación a tasa plena, sin aplicación de coeficiente reductor de 65 a 67 años, incrementándose de forma progresiva en 4 meses por año a partir del 1 de julio de 2016, hasta alcanzar 67 años en 2023. Al mismo tiempo, se adoptaron medidas destinadas a incrementar los ingresos del sistema de jubilación, equiparando los aportes de los funcionarios con los aportes de los asalariados¹⁶, aumentando las retenciones impositivas sobre las personas y sobre las empresas;

- e) ley del 20 de enero de 2014. Esta ley aportó de nuevo varios cambios. En particular, extendió a 41,5 años la duración del período de aportes requerido para otorgar los beneficios de una jubilación a tasa plena e incrementó los ingresos de los regímenes de jubilación (aumento de las tasas de las cotizaciones del seguro de vejez y supresión de las ventajas fiscales de los pensionados);
- g) proyecto de reforma 2019. En este sentido, debe advertirse que el gobierno francés puso en marcha a mediados de 2018 una consulta ciudadana sobre la reforma de las pensiones que se formalizará a mediados de 2019 en un proyecto de ley cuyo eje central será la

para los asegurados nacidos después del 1 de enero de 1956.

¹³ Los trabajadores que justifiquen un tipo de incapacidad del 20%, tras una enfermedad profesional o un accidente laboral, podrán seguir jubilándose a los 60 años y cobrarán una pensión completa cualquiera que sea el número de trimestres cotizados. Los trabajadores (y los agricultores) que tengan un porcentaje de incapacidad comprendido entre el 10 y el 20% también podrán recurrir a una comisión que deberá establecer «la relación de causalidad entre la incapacidad reconocida y la exposición a un factor de penosidad».

¹⁴ La reforma prolonga el dispositivo de las “carreras largas” establecido en 2003. Este permite que los asegurados que empezaron a trabajar muy jóvenes puedan jubilarse antes de la edad legal, para los asegurados que iniciaron su actividad profesional a los 14 o 15 años será 58 o 59 años, y 60 para los que comenzaron a trabajar a los 16 o 17 años.

¹⁵ Así, por ejemplo, los asalariados de la sncf (ferrocarriles franceses), la ratp (transportes urbanos parisinos) o la edf (electricidad de francia) no verán aumentar su edad legal de jubilación.

¹⁶ El tipo de cotización de los funcionarios se ajusta al del sector privado (10,55 %) de aquí a 2020. La subida es lineal, de 0,27 puntos al año, a partir de 2011. Este ajuste significa para los funcionarios, en término medio, un aumento de la cuota de 6 euros al mes, cada año (4 euros para los de la categoría c, 5 euros para los de la b y 7 euros para los de la a).

modificación de la pensión complementaria, en concreto, lo relativo al sistema de puntos que se contempla en la misma, al objeto de llevar a cabo una simplificación de dicho sistema para hacerlo más comprensible y adaptado a la sociedad del futuro. No obstante, tal y como se ha advertido por parte de las autoridades francesas, se tratará en todo caso de una reforma progresiva, puesto que se prevé que la misma se lleve a cabo a lo largo de los próximos diez años. En principio se mantendrá con carácter general la edad de jubilación voluntaria a los 62 años.

5. Paralelismos en los procesos de reformas del sistema español y francés de los últimos años

Analizada de modo somero la regulación de base del sistema de protección de la jubilación en Francia es el momento de contraponer las dos realidades que constituyen el objeto de esta colaboración. Esto es, de realizar una aproximación a aquellas cuestiones fundamentales adoptadas en ambos Estados en estos últimos tiempos con relación a las pensiones de jubilación con el claro objetivo de procurar la sostenibilidad del sistema de pensiones. Entre dichas medidas podemos citar las siguientes.

Retraso de la edad de jubilación

La primera de ellas, llevada a cabo en ambos países (y en algunos otros del conjunto de la Unión Europea), no es otra que el retraso de la edad de jubilación. Téngase en cuenta antes de nada que dicha iniciativa no es una excepción en el marco de los Estados europeos, puesto que, tal y como se recoge en el Libro Verde sobre las pensiones (Comisión Europea, 2010), si cada vez las personas viven más años, lo lógico es que también cada vez trabajen más años, lo contrario dará lugar a una situación insostenible debido al desequilibrio creciente entre el tiempo de vida laboral y el tiempo de vida en situación de jubilación. De este modo, en el caso concreto de Francia, tal y como ya se ha apuntado, el aumento de la edad legal de jubilación se abordó mediante la ley 2010-1330 del 9 de noviembre de 2010, siendo esta la medida estrella de aquella reforma. Dicha norma estableció un aumento progresivo de 60 a 62 años de la edad hacia la apertura de los derechos a la jubilación. Además, dicha modificación legal contempla también un aumento progresivo de la edad de liquidación de una jubilación a tasa plena, sin aplicación de coeficiente reductor de 65 a 67 años, incrementándose de forma progresiva en 4

meses por año a partir del 1 de julio de 2016, hasta alcanzar 67 años en 2023. Poco tiempo después, en esta misma línea, se llevó a cabo en España el incremento de la edad de jubilación mediante la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que establecía el aumento de la edad legal de jubilación cuando se tengan menos de 38,5 años cotizados, que pasa a 67 años, permaneciendo en 65 años para los que hayan cotizado, al menos, 38,5 años¹⁷. Al igual que en el caso de Francia este incremento se lleva a cabo en nuestro país de manera progresiva, hasta llegar al año 2027 para su plena aplicación. Puede observarse entre ambos casos una importante diferencia en lo que al periodo transitorio se refiere, siendo este mucho más prolongado y generoso en el territorio nacional. El objetivo de esta medida en ambos Estados no es otro que el de buscar una mejora en la sostenibilidad del sistema, debido a un mayor periodo de aportaciones y a un menor periodo de prestaciones, el cual en nuestro país pudiera verse condicionado, precisamente, debido a ese dilatado periodo transitorio.

Límites a la jubilación anticipada

La segunda de las medidas viene referida al endurecimiento de la jubilación anticipada e incentivos para prolongar la vida laboral. Así, además del referido aumento de la edad legal de jubilación, en ambos Estados se han introducido diversas medidas para aumentar la tasa de empleo de las personas entre 55 y 64 años y así acercar la edad efectiva de jubilación a la edad legal. En concreto, en ambos países han apostado por una larga carrera laboral para poder acceder a la jubilación anticipada. De modo singular, en el caso francés se exigen un mínimo de 43 años cotizados para tener derecho a la misma. Por el contrario, en el caso español la exigencia de una larga carrera laboral es sensiblemente inferior, distinguiéndose, además, entre jubilación anticipada involuntaria y jubilación anticipada voluntaria. En el primer caso se exigen 33 años cotizados, mientras que en el segundo caso se exigen 35 años cotizados. Por otro lado, la legislación de sendos Estados, en el marco de la jubilación anticipada, ha optado por contemplar importantes reducciones por cada año que se adelanta la jubilación, siendo esta tendencia reductora más acusada en el caso español que en el francés. De este modo, el ordenamiento francés prevé que a las personas que solicitan la liquidación

¹⁷ Sobre esta cuestión, véase J. BARCELÓ FERNÁNDEZ, *El retraso en la edad de jubilación: regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2015; J. GARCÍA ORTEGA, *Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 29-30.

de su pensión de jubilación sin reunir el periodo de cotización necesario para lograr una pensión a tasa plena, se les aplica una “décote” o tasa reducida. El coeficiente de reducción se determina en función del número de trimestres que falten y de la edad del asegurado: 1,625% para los asegurados nacidos en 1950, 1,5% para los nacidos en 1951, 1,375%, para los nacidos en 1952 y 1,25% para los nacidos a partir de 1953 (o sea una disminución del 0,625% por cada trimestre faltante). La liquidación de la pensión con la aplicación de la tasa reducida es definitiva. Por su parte, en el caso español los coeficientes reductores son del 1,875% por cada trimestre o fracción en el caso de la jubilación anticipada involuntaria y del 2% por cada trimestre o fracción en el caso de la jubilación anticipada voluntaria (aplicándose en ambos casos coeficientes menores a mayor número de años cotizados).

Incentivos para la continuación en la vida activa

Además del endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación anticipada que se ha llevado a cabo, otra de las medidas acometidas en ambos países ha sido el establecimiento de incentivos para posibilitar que los trabajadores permanezcan voluntariamente en el mercado laboral más allá de la edad legal de jubilación. En este sentido, la normativa francesa prevé una bonificación de la pensión de jubilación del 1,25% por trimestre suplementario para los periodos posteriores a 1 de enero de 2009. Por su parte la legislación española establece un porcentaje adicional por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió la edad legal (65 o 67 según los años cotizados) y la de jubilación, siempre que al cumplir la edad legal se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización. Este porcentaje, que se sumará al que le corresponda con carácter general, será de un 2% por cada año si tiene menos de 25 cotizados al cumplir la edad legal de jubilación; 2,75% por cada año si tiene entre 25 y 37 años cotizados; y 4% por cada año a partir de 37 años cotizados. En ningún caso la cuantía de la pensión alcanzada podrá superar el tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento. Se puede observar como a pesar de establecerse en ambos países una misma línea en las medidas adoptadas en este tema, lo cierto es que en el caso francés la bonificación de la pensión por continuar en la vida activa una vez alcanzada la edad legal de jubilación puede llegar a ser un punto porcentual superior a la bonificación establecida por la normativa española en cómputo anual, además de no contemplarse limitación alguna en la cuantía de la pensión de jubilación que pudiera alcanzarse.

Ampliación del número de años para el cálculo de la cuantía de la pensión

En otro orden de cosas, otra de las reformas importantes que se ha llevado a cabo en ambos Estados es el aumento del número de años que se tienen en cuenta para calcular la pensión inicial, en un claro intento por reducir la cuantía de las pensiones. Nada nuevo se aporta con la afirmación de que los salarios tienden a crecer conforme avanza la vida laboral de un trabajador, por lo que cuanto más años se tengan en cuenta para el cálculo de la pensión menores serán las cuantías de las bases de cotización a tener en cuenta para calcular la pensión. En este sentido, en el caso de la legislación francesa para el cálculo de la pensión básica de jubilación inicialmente se tenía en cuenta los mejores 15 años de cotización, mientras que en la actualidad se tiene en cuenta la media de los mejores 25 años de cotización. A ello habrá de unirse que en el caso de la pensión complementaria de jubilación, donde, como se ha apuntado, rige un régimen de puntos, el importe de la pensión es proporcional a los ingresos laborales del conjunto de la vida laboral y no está únicamente en función de los 25 mejores años, puesto que cada año, el importe de las cotizaciones pagadas en función de un salario o renta de referencia se traduce en puntos. Acercándose en este caso Francia a la actual tendencia europea de tomar como referencia la vida laboral completa para el cálculo del derecho a la pensión de jubilación. Por su parte, por lo que se refiere a la legislación española, en esta misma línea de aumento del número de años para el cálculo de la pensión inicial, se contempla un aumento progresivo del periodo para el cálculo de la base reguladora, que pasa de los 15 a los 25 años. Con lo que además de disminuirse la pensión de jubilación inicial por la menor base reguladora que se obtiene al coger un mayor número de años, la base reguladora de los 25 años vendrá a representar mejor el esfuerzo contributivo. Por tanto, con la adopción de estas medidas, tanto uno como otro Estado poco a poco se van aproximando a la actual tendencia de los países europeos de tener en cuenta la totalidad de la vida laboral del trabajador para el cálculo de la pensión.

Ampliación del período de cotización

Otro tipo de reforma que se ha llevado a cabo en una misma línea en ambos países ha sido el aumento del número de años cotizados para poder alcanzar el 100% de la pensión de jubilación. De este en el territorio nacional se ha pasado de 35 a 37 años para poder alcanzar el referido objetivo, mientras que, en el caso de Francia, el aumento del número de

años cotizados para lograr la pensión plena ha sido si cabe aún más acusado que en España, puesto que de los 37,5 años que se exigían inicialmente, es necesario actualmente contar con un total de 43 años cotizados, tal y como ya se ha indicado en este mismo trabajo con anterioridad.

Revalorización de las pensiones

En otro orden de cosas, se considera pertinente detenerse siquiera brevemente ahora en el sistema de revalorización de las pensiones existentes en ambos Estados, puesto que, como es consabido, el impacto de la crisis económica ha obligado a muchos países a reformar el sistema de revalorización de sus pensiones. En este sentido, cabe reseñar como en este escenario Francia hasta finales de 2015, de manera drástica, optó directamente por la congelación de las pensiones, excepto las más bajas, en un intento casi desesperado de corregir los desequilibrios del sistema y procurar su sostenibilidad. No obstante, esta medida tuvo un carácter temporal, con lo que actualmente Francia, como índice de revalorización de las pensiones, ha apostado por acudir al crecimiento de los precios, en línea con las medidas adoptadas con otros países europeos. Por su parte en el caso español, en lo que atañe al sistema de revalorización de pensiones, en el año 2013 se aprobó el denominado Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), el cual ha supuesto una modificación de las reglas de revalorización anual de todas las pensiones, desvinculándolo del Índice de Precios al Consumo (IPC) y relacionándolo de forma automática con la evolución de una serie de variables que son fundamentales para el equilibrio presupuestario del sistema: los ingresos y gastos del sistema, el número de pensiones y el efecto sustitución¹⁸. La aprobación de dicho índice no tiene otro objetivo que el de hacer que se cumpla la ecuación fundamental de cualquier sistema de pensiones de reparto: ingresos igual a gastos. Si bien, debe advertirse que la aplicación del mismo conlleva una disminución de las pensiones cuando el IRP se sitúa por debajo del IPC, algo, por otra parte que puede suceder, siempre que se esté en presencia de periodos de déficit presupuestario y con inflación positiva. De este modo se vino a primar la sostenibilidad y equilibrio presupuestario del sistema por encima de otras cuestiones¹⁹. No

¹⁸ Según la propia Ley 23/2013, el efecto sustitución se define como «la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año».

¹⁹ A.R. TRILLO GARCÍA, *El factor de sostenibilidad y la reforma del índice de revalorización de las pensiones*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (DIRS.), *Las reformas*

obstante, recientemente, mediante la aprobación en España del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, España ha vuelto a vincular la revalorización de las pensiones al Índice de Precios al Consumo (IPC), esbozando la norma en su propia Exposición de motivos el grave perjuicio que ocasiona a los pensionistas la aplicación del mencionado IRP. Parece así que en ambos países comienzan a abandonarse aquellas medidas destinadas a la sostenibilidad del sistema por encima de los intereses económicos de los pensionistas. Lo cual puede resultar inquietante, habida cuenta de las dificultades por las que siguen atravesando los sistemas de pensiones en la actualidad, tanto en un país como en otro. Para finalizar, y al igual que se ha recogido en páginas previas, se considera oportuno ofrecer al lector un cuadro resumen comparativo de las realidades analizadas. En este se observa que a pesar del paralelismo existente entre Francia y España en los distintos procesos de reformas que se han ido llevando a cabo en los últimos tiempos (ampliación de la edad de jubilación, de períodos mínimos...), se pueden apreciar las importantes divergencias existentes actualmente entre ambos sistemas de pensiones de jubilación. En el siguiente cuadro se ha optado por incluir únicamente alguno de los parámetros principales que vienen a caracterizar a los sistemas de pensiones de jubilación de ambos Estados. Parámetros fundamentales de los sistemas de pensiones de jubilación Francia/España²⁰:

| País | Jubilación legal | | Jubilación anticipada | | Periodo cálculo de la pensión | Pensión completa (años) | Índice de revalorización de las pensiones |
|---------|------------------|---------------------|--------------------------------|-----------------------|-------------------------------|-------------------------|---|
| | Edad | Periodo transitorio | Edad | Mínimo años cotizados | | | |
| Francia | 67 | 2016-2022 | 62 | 43 | 25 mejores años | 43 | Precios |
| España | 67 | 2013-2027 | Edad legal-2 años (voluntaria) | 35 | 25 | 37 | Índice de Precios al Consumo (IPC) |
| | | | Edad legal-4 | 33 | | | |

laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, Lex Nova, 2014; AA.VV., El índice de revalorización de las pensiones (IRP) y su impacto sobre el Sistema de Pensiones Español, en Revista de Economía Aplicada, 2015, n. 68, 103 ss.

²⁰ Véase AA.VV., *Reformas de los sistemas de pensiones en la Unión Europea*, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2015, n. 2, debiendo tenerse presente las últimas reformas acaecidas en el caso español mediante el RD-ley 28/2018.

| | | | | | | | |
|--|--|--|------------------------|--|--|--|--|
| | | | años (involuntaria) | | | | |
|--|--|--|------------------------|--|--|--|--|

6. La reforma por venir en el ámbito interno

El 28 de septiembre de 2016 se constituyó en el Congreso de los Diputados la Comisión permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo²¹.

Su objetivo, fijado ya en el año 1995, no es otro que trabajar para garantizar y dar viabilidad al sistema público de pensiones ahora de nuevo en entredicho²².

En este tiempo han tenido lugar veintinueve sesiones públicas²³, con comparecencias de técnicos de la Administración, académicos, representantes gubernamentales, de las organizaciones sindicales y empresariales... También se han desarrollado numerosas reuniones a puerta cerrada, con la asistencia de los portavoces de los grupos junto con algunos altos cargos de la Administración de la Seguridad Social, expertos y representantes del mundo académico.

Sin embargo, la convocatoria de elecciones generales ha sido suficiente para que el trabajo realizado se quedara sin culminar. No obstante, no puede entenderse esta tarea y este tiempo como infructuoso. Son numerosas las propuestas debatidas y acciones a poner en marcha. Falta, no obstante, lo más importante, el acuerdo o la unión de una mayoría lo suficientemente amplia para acometer las reformas que el sistema garantiza afianzando la sostenibilidad económica del modelo y la suficiencia de las prestaciones. Binomio no fácil de cumplir.

A continuación, sin ánimo de exhaustividad, se relacionan algunas de estas (no siempre coincidentes y ahí la necesidad del diálogo, el debate y el llegar a una futura renovación del Pacto de Toledo):

- rechazo del cambio de modelo hacia un sistema de capitalización

²¹ Cfr. DS – Congreso de los Diputados, 28 de septiembre de 2016, n. 20, 2 ss.

²² Cfr. Aprobación por el Pleno de la Cámara del texto aprobado por la Comisión de Presupuestos sobre la base del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse, así como votos particulares, que alude a la necesidad de garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar mayores déficits públicos en el Presupuesto del Estado (BOCG – Congreso de los Diputados, 12 de abril de 1995, n. 134, 3).

²³ Cfr., exhaustivamente, F.J. HIERRO HIERRO, *Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos Pacto de Toledo (Sesiones 1 a 5); (Sesiones 6 a 10); (Sesiones 11 a 15); (Sesiones 16 a 20); (Sesiones 21 a 24)*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 195, 196, 198, 199 y 202, respectivamente.

- individual;
- avance en la separación de fuentes de financiación;
 - refuerzo de la distribución equitativa del esfuerzo contributivo entre regímenes;
 - transformación de las reducciones;
 - lucha contra el fraude²⁴;
 - avance en fórmulas que permitan el envejecimiento activo²⁵;
 - concurrencia de una economía sólida, competitiva, con capacidad de crecimiento y de crear empleo²⁶;
 - reforma fiscal y mantenimiento de tarifas planas;
 - adecuación de las bases de cotización;
 - destope de cotizaciones;
 - delimitación de los tipos;
 - obtención de nuevos ingresos;
 - endurecimiento de las condiciones de la jubilación anticipada;
 - políticas de natalidad y avance en transparencia del sistema;
 - recuperación del poder adquisitivo de las pensiones;
 - derogación del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización²⁷;
 - financiación de las pensiones de viudedad y orfandad por el sistema impositivo general;
 - crecimiento del trabajo autónomo;
 - lucha contra el desempleo y la precariedad laboral e incorporación de una política seria de ahorro complementario²⁸;
 - incremento de los ingresos por cotizaciones²⁹;
 - aumento de los ingresos fiscales;
 - derogación de las bonificaciones, exenciones o tarifas planas³⁰;
 - apuesta por la educación, por la investigación y el desarrollo³¹;
 - mejora de la colaboración con las mutuas;
 - lucha contra el absentismo laboral³²;
 - creación de un impuesto ante el uso de herramientas tecnológicas;
 - impuestos a las grandes fortunas...³³.

La relación es extensa. Quizá ello haya impedido la conclusión de los

²⁴ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, 22 de noviembre de 2016, n. 47, 3 ss.

²⁵ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, 27 de enero de 2017, n. 101, 2 ss.

²⁶ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, 20 de diciembre de 2016, n. 85, 2 ss.

²⁷ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, n. 101/2017, cit., 2 ss.

²⁸ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, n. 47/2016, cit., 15-16.

²⁹ *Ibidem*, 16-19.

³⁰ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, n. 101/2017, cit., 2 ss.

³¹ *Idem*.

³² *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, 28 de noviembre de 2016, n. 56, 2-6.

³³ *Cfr. DS – Congreso de los Diputados*, 14 de diciembre de 2016, n. 77, 2 ss.

trabajos. Habrá que esperar al nuevo período de sesiones para que se retomen los trabajos. Aventurado es concretar cuáles de ellas tendrán un conveniente reflejo normativo.

7. Conclusiones

Como se ha visto a lo largo del trabajo, ha habido, y con seguridad seguirá habiendo, una gran cantidad de reformas tanto en Francia como en España, siendo su denominador común el de mejorar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, los cuales en ambos casos presentan importantes dificultades de financiación.

Dicha problemática es consecuencia de los riesgos a los que están expuestos los sistemas de pensiones, entre los que cabe resaltar el aumento de la longevidad, puesto que los dos se mueven en un escenario demográfico prácticamente idéntico, y la llegada de las generaciones del baby boom a la época de la jubilación.

Más allá del denominador común existente entre estos dos países, lo cierto es que se encuentran importantes diferencias en lo que a sus respectivos sistemas de pensiones se refiere, debiendo destacarse sobremanera la existencia en el Estado francés de una pensión básica de jubilación y una pensión complementaria a aquella, la cual se caracteriza por la enorme complejidad de su regulación y por establecer, en líneas generales, un sistema de pensiones por puntos que adquieren los trabajadores durante la vida laboral con sus cotizaciones, siendo la cuantía de la pensión el resultado de multiplicar los puntos por su valor en el momento de liquidación de la pensión. Con lo que se evidencia una importante diferencia en los parámetros existente en el sistema de pensiones de estos dos Estados. Lo que, sin duda alguna, dificultará el cálculo de la cuantía de las pensiones en los casos de individuos que han cotizado en ambos países, pudiendo crear inequidades.

No obstante, más allá de las diferencias existentes, se encuentra homogeneidad entre los dos países a la hora de elegir la opción idónea para encauzar la sostenibilidad de sus sistemas de pensiones.

De este modo, se ha apostado de manera conjunta por la aplicación de las mismas reglas: el retraso de la edad de jubilación; el endurecimiento de la jubilación anticipada y la creación de incentivos para prolongar la vida laboral; e, igualmente, se ha apostado por el aumento del número de años que se tienen en cuenta para calcular la pensión inicial, en un claro intento por reducir la cuantía de las pensiones. Del mismo modo, tanto en Francia como en España se ha establecido el aumento del número de años

cotizados para poder alcanzar el 100% de la pensión.

Pese a la equivalencia en las medidas adoptadas en el tiempo reciente para asegurar la sostenibilidad del sistema se aprecia una importante diferencia en lo que a la financiación del sistema de pensiones se refiere. Y es que en el caso francés se viene apostando desde hace años, claramente, ante la insuficiencia de las cotizaciones, por hacer recaer la financiación de las jubilaciones sobre los impuestos y tasas, contando, incluso, como se ha analizado, con un tributo exclusivamente destinado a la financiación de la protección social francesa, siendo este un modelo exclusivo de este país. Quizá un ejemplo a seguir.

Esa homogeneidad a la que se ha hecho referencia también difiere con relación a la tasa de sustitución. Un dato realmente revelador que debe ser tenido en cuenta, puesto que a pesar de que el mercado laboral francés ofrece unos salarios comparativamente más elevados que los existentes en España, sus pensiones son sustancialmente más bajas que las españolas, lo que quizás exija del modelo francés una remodelación que permita que exista una mayor relación entre lo aportado y lo recibido, lo cual, sin duda, supone un incentivo a cotizar (y no al contrario)³⁴.

8. Bibliografía

- AA.VV., *El índice de revalorización de las pensiones (IRP) y su impacto sobre el Sistema de Pensiones Español*, en *Revista de Economía Aplicada*, 2015, n. 68
- AA.VV., *Reformas de los sistemas de pensiones en la Unión Europea*, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2015, n. 2
- AA.VV., [Francia – La financiación del sistema de jubilación](#), en [Actualidad Internacional Sociolaboral](#), 2017, n. 213
- AIBAR BERNAD J., *La contribución social generalizada francesa, garantía frente a los desafíos financieros de la protección social*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 10
- BARCELÓ FERNÁNDEZ J., *El retraso en la edad de jubilación: regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2015
- CALVO VÉRGEZ J., *Análisis comparado de los sistemas de pensiones vigentes en los principales Estados de la Unión Europea*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, n. 11

³⁴ Aunque se es plenamente consciente que la tendencia será justo la contraria. La preeminencia de la viabilidad económica del sistema sobre cualquier otra circunstancia aboca a que las medidas que se activen en el futuro vayan encaminadas, quizá con un dilatado período transitorio con el que diluir el coste político, a la minoración de las cuantías y de las prestaciones actuales.

- FADEUILHE P., [El futuro de las jubilaciones. Análisis de las recientes evoluciones en Europa](#), en *Aequitas*, 2016, n. 10
- GARCÍA MURCIA J., RODRÍGUEZ CARDO I.A., *Perspectiva comparada de las medidas de sostenibilidad del sistema de pensiones en Europa*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 2 Extra
- GARCÍA ORTEGA J., *Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, n. 29-30
- HIERRO HIERRO F.J., *Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos Pacto de Toledo (Sesiones 1 a 5); (Sesiones 6 a 10); (Sesiones 11 a 15); (Sesiones 16 a 20); (Sesiones 21 a 24)*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 195, 196, 198, 199 y 202
- INE, *Proyecciones de Población 2016-2066*, 2016
- TRILLO GARCÍA A.R., *El factor de sostenibilidad y la reforma del índice de revalorización de las pensiones*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (DIRS.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova, 2014

Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica*

Manuel GARCÍA JIMÉNEZ**

RESUMEN: Al igual que el fenómeno de la violencia es un rasgo creciente de nuestras sociedades, incluso de las desarrolladas, que en muchos aspectos de la misma define y caracteriza determinados tipos de relaciones, también está presente como tal en los ambientes de trabajo, materializándose de muy diversas formas. Si se valoran las estadísticas y estudios especializados en la materia, destaca el hecho de constituir el segundo riesgo psicosocial en importancia cuantitativa, por detrás del estrés laboral. En consecuencia, es importante delimitar conceptualmente este tipo de riesgo laboral, así como abordar su caracterización técnico-jurídica preventiva, a fin de poder acometer adecuadamente la evaluación y la planificación de medidas que eliminen tales riesgos laborales.

Palabras clave: Prevención de riesgos laborales, violencia en el lugar de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco conceptual, tipos y factores causales. 3. Actividades laborales y violencia. 4. Violencia laboral, prevención y evaluación de riesgos. 5. Bibliografía.

* Investigación realizada 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, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Jaén (España).

External Violence in the Workplace: Concept and Legal Characterization

ABSTRACT: Just as the phenomenon of violence is a growing feature of our societies, even of the developed ones, which in many aspects of it defines and characterizes certain types of relationships, it is also present as such in work environments, materializing from very various forms. If the statistics and specialized studies in the subject are valued, the second psychosocial risk in quantitative importance stands out, behind work stress. Consequently, it is important to delimit this type of occupational risk conceptually, as well as to address its preventive technical-legal characterization, in order to adequately undertake the evaluation and planning of measures that eliminate such occupational risks.

Key Words: Prevention of occupational risks, violence in the workplace.

1. Introducción

El recurso a la violencia como forma de solución de los conflictos personales o sociales viene a reconducirse a modelos de sociedades que se consideran ya superados y propios de otro tiempo. Sin embargo, la realidad nos muestra otra cara muy diferente a esta primera afirmación, pues en los países desarrollados se asiste a un creciente aumento de las situaciones de violencia entre personas y/o colectivos como fórmulas de dilucidar los conflictos que surgen entre ellos. Esta lamentable situación, además, se ve agravada en buena medida por el largo período de crisis económica que viene padeciéndose desde 2008 y, en último término, de la propia crisis de un modelo social que ha sido el imperante hasta el momento, todo lo cual pone de relieve el carácter estructural de tales situaciones en las actuales sociedades contemporáneas.

En esta línea, desde los albores del presente siglo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su reunión 279 del año 2000, destacó que la violencia en el lugar de trabajo, en cualquiera de sus posibles manifestaciones, se ha conformado como uno de los principales problemas mundiales que afectan, sin distinción, a todos los países, grupos y colectivos profesionales, así como a cualesquiera contextos de trabajo en el que se esté. Ello llevó a plantear la necesidad de celebrar una reunión de expertos que recogieran toda una serie de recomendaciones prácticas sobre la violencia y estrés en el sector servicios, la cual se celebró en el año 2003, dando como resultado un informe conocido como el [Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla](#) en el que se aportan las informaciones y los análisis necesarios con los que poner de relieve a todos los sujetos implicados en las relaciones laborales – autoridades estatales, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, los profesionales que se ocupan de seguridad y salud en el trabajo, los directivos encargados de la gestión de recursos humanos, los instructores y los trabajadores – la necesidad de promover el diálogo y la formulación de políticas e iniciativas que apunten a repudiar la violencia y erradicarla inmediatamente del lugar de trabajo.

En igual sentido se sitúa el estudio específico que sobre esta cuestión realizó la Organización Internacional del Trabajo titulado *Violence at Work*, el cual partiendo de las dificultades que se plantean en cuanto a la comparación de los índices de violencia externa en los lugares de trabajo que se producen en los diferentes países, y basándose sobre una gran encuesta realizada entre trabajadores de 32 países, y recogida en el informe titulado [International Crime Victims Survey](#), en la que se registran las

observaciones de estos trabajadores sobre lo que consideraban les había ocurrido en el lugar de trabajo, se destacaron situaciones que hasta el momento había sido desconocidas o a las que no se les habían dado el relieve que merecían, tales como que en algunos lugares de trabajo y ocupaciones, como los taxistas, el personal de los servicios sanitarios, el personal docente, los trabajadores sociales, el servicio doméstico en países extranjeros o el trabajo solitario, sobre todo en los turnos de noche del comercio de detalle, existe un grado de riesgo ante la violencia mucho mayor que el correspondiente a otros ámbitos u ocupaciones, afectando en mayor grado a las mujeres, en orden a ser este colectivo el que se concentra de forma mayoritaria en las ocupaciones más expuestas.

Fiel reflejo de esta situación y de la preocupación que ello provocó en diferentes estados y organizaciones internacionales, nos encontramos con estudios e informes en los que se destaca la importancia, en un primer momento, de recabar toda la información posible sobre la incidencia y los factores de riesgo relacionados con tales situaciones de violencia en los lugares de trabajo, además de la intensidad con la que las mismas se presentan y el nivel de peligrosidad que revisten. En tal sentido se inscriben estudios como el llevado a cabo en EEUU en 2001, denominado “National Crime Victimization Survey” en el que se calcula que dos millones de personas sufren y son víctimas de lesiones vinculadas a actos de violencia en sus lugares de trabajo. O bien, como han acreditado los estudios que la OMS, OIT o la UE en los que se destaca que los conocidos como “riesgos psicosociales” se conforman como el principal problema de salud laboral en todo el mundo.

Partiendo de ello, y teniendo como clave fundamental para avanzar en la prevención de los riesgos de origen psicosocial, en general, y en las situaciones de riesgo de violencia externa, en concreto, se presenta la necesidad de realizar un análisis de su delimitación conceptual y caracterización técnico-jurídica preventiva.

2. Marco conceptual, tipos y factores causales

Cuando nos enfrentamos a definir y delimitar los conocidos como “riesgos psicosociales” se ha de partir de que en la actualidad se habla de forma frecuente y, en buena parte de los casos, utilizándose de manera equivalente términos como “riesgos psicosociales” en el trabajo, “factores de riesgo psicosocial”, “estrés laboral”, “acoso en el trabajo”, etc., lo cual no hace más que crear una confusión que lleva a errores importantes en materia de la evaluación e intervención preventiva en riesgos

psicosociales. Por tanto, ante esta más que aparente, real confusión en la materia, es necesario diferenciar terminológicamente a los mismos, a fin de poder delimitar de manera correcta a aquéllos, evitando así la problemática asociada a tal equívoco.

Entre las más frecuentes y relevantes, está el uso confuso de las causas o los factores que generan este tipo de riesgos con los riesgos psicosociales mismos e, incluso, y lo que es peor, a menudo se confunden ambos, factores y riesgos, con sus efectos: los daños psicosociales. Este estado extendido de confusión conlleva reseñables limitaciones en cuanto a la acción preventiva a adoptar frente a tales riesgos.

Un primer elemento de comprensión que podría explicar esta situación de imprecisión y errónea comprensión de lo que son y significan los “riesgos psicosociales” en las organizaciones de trabajo – privadas y públicas –, estriba en que no hay una definición oficial de los mismos, ni tampoco se cuenta con un “catálogo legal” de situaciones que cabe calificar de “riesgo psicosocial”. No obstante, tales dificultades son superables en la actualidad si se manejan adecuadamente los conocimientos con los que contamos en la materia; ahora bien, ello siempre y cuando se tengan claras algunas de las principales cuestiones que afectan a esta tipología de riesgos laborales y, en consecuencia, a las acciones necesarias para su debida prevención eficaz.

La primera regla clara a fijar es que deben diferenciarse estos tres conceptos:

- 1) factor de riesgo psicosocial relacionados con el trabajo: causas o agentes que generan la probabilidad de que se den situaciones nocivas (alta demanda de trabajo, presión temporal, escaso control individual en el desarrollo del trabajo, estilos autoritarios de dirección, etc.);
- 2) riesgos psicosociales en el trabajo: situación de probabilidad de que se produzca una lesión o daño (estrés, acoso, violencia, adicciones, etc.);
- 3) daños psicosociales con ocasión o a consecuencia del trabajo: lesiones derivadas de la actualización en la realidad de la probabilidad del daño (síndromes, enfermedades mentales, incapacidades, etc.).

Partiendo de ello, y centrándonos en la definición de riesgos psicosociales, la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo entiende por tales a aquellos que se derivan de la organización del trabajo y de su entorno, es decir, tanto de las relaciones sociales o personales que se desarrollan en el centro de trabajo como de las relaciones sociales externas entre el personal de la empresa y sus usuarios, clientes en incluso con otras personas ajenas a su actividad y cuya presencia en el centro de trabajo puede ser ilegítima. Por tanto, los riesgos psicosociales se caracterizan por factores “multicausales”, ya que inciden una pluralidad de agentes o

causas, lo cual explica el reparo que se realiza para intervenir sobre ellos.

| | | |
|---------------------------------------|-----------------------------------|---|
| FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL | Contenido del trabajo | <ul style="list-style-type: none"> • Mayor o menor carga y elevado/monótono ritmo de trabajo • Escaso o nulo control de la actividad • Jornadas (prolongadas, rígidas) de trabajo |
| | Organización del trabajo | <ul style="list-style-type: none"> • Cultura organizativa • Rol en la organización • Calidad de ambiente laboral • Sistemas de gestión de conflictos • Ambiente físico • Formas inflexibles de ordenación |
| | Relaciones sociales | <ul style="list-style-type: none"> • Rol en organización (ambigüedad, conflicto...) • Relaciones interpersonales • Relación trabajo-familia |
| | Características personales | <ul style="list-style-type: none"> • Factores de personalidad |
| | Condiciones contractuales | <ul style="list-style-type: none"> • Temporalidad/estabilidad remuneración • Expectativas ocupacionales (desarrollo de carrera y futuro de empleo) |

Todo esta diversidad de factores – objetivos, relacionales y subjetivos – pueden influir, a través de diferentes “experiencias y percepciones” individuales, en la “salud”, en el “rendimiento” y en el “bienestar” en el trabajo. De ahí su relevancia no sólo para la acción preventiva, sino también para la acción promocional de la salud en el trabajo, en los términos amplios que entiende la OMS.

La totalidad de los “factores de riesgo psicosocial” han de ser controlarlos desde la acción preventiva porque tras su constatación se esconde una cierta “probabilidad” de que causen efectos negativos o nocivos en la salud de los trabajadores/as, y quedan dentro del entendimiento que de los riesgos laborales se hace por parte del artículo 4 LPRL: toda situación o estado del organismo de la persona que presenta una significativa posibilidad de dañar la salud de los trabajadores/as con motivo – relación de causalidad directa – o con ocasión – relación de ocasionalidad o de

causalidad indirecta – de su trabajo.

De otro lado, se ha de destacar que no basta con cualquier posibilidad de que se pueda producir un daño a la salud, sea física, sea psíquica o mental, sea social – según el concepto amplio de salud que nos proporciona la OMS y que ahora ha recogido el artículo 32 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública –, sino que, como nos indica el artículo 4 LPRL en aplicación de la Directiva Europea 89/391/CE, ha de tener una cierta entidad o gravedad, a fin de no banalizar este tema. En tal sentido, para calificar un riesgo psicosocial desde el punto de vista de su gravedad, deberá valorarse conjuntamente a) la probabilidad de que se produzca el daño y b) la severidad del mismo. Por tanto, hay que remarcar que no hay ninguna diferencia sustancial con los riesgos tradicionales, lo cual lleva a que haya que estar a que ni todo factor ni todo riesgo psicosocial son igualmente relevantes, pudiendo ser unos triviales y otros graves y, en consecuencia, intolerables.

Ahora bien, como ya se advirtió, donde sí se plantea una diferencia significativa en comparación con los riesgos de tipo tradicional, es que mientras para ellos disponemos, en términos generales, de “*valores límites de exposición*” objetivados, que marcan el nivel de tolerancia a ambientes contaminados o dañinos, no sucede lo mismo para los psicosociales.

Además, y a diferencia de lo que sucede respecto de los ya mencionados “factores de riesgo de carácter psicosocial en el trabajo”, respecto de los que existe ya un importante consenso o acervo en torno a cuáles son y cómo inciden en la organización y en el trabajador/a, no contamos con un listado o catálogo preciso, comúnmente aceptado o consensuado. No obstante, de forma mayoritaria, en la ciencia y en las disciplinas técnicas, actualmente se considera que forman parte de este catálogo de riesgos psicosociales los siguientes:

- a) el estrés laboral: en sus variables de estrés ocupacional ordinario o común; estrés de profesión (síndrome de desgaste profesional o “*burnout*”); tecnoestrés; estrés postraumático; estrés de género;
- b) la violencia laboral: interna (acoso laboral, acoso moral, acoso sexual y por razón de sexo o género y acoso discriminatorio) y externa (violencia de terceros);
- c) las adicciones: en su vertiente de adicción al trabajo y en el trabajo.

Si nos centramos en la violencia en el trabajo, al igual que el fenómeno de la violencia es un rasgo creciente de nuestras sociedades, incluso de las desarrolladas, que en muchos aspectos de la misma define y caracteriza determinados tipos de relaciones, también está presente como tal en los ambientes de trabajo, materializándose de muy diversas formas. Es más, si se valoran las estadísticas y estudios especializados en la materia, el primer

dato que nos refleja esta afirmación es el hecho de constituir y estar situada como el segundo riesgo psicosocial en importancia cuantitativa, por detrás del estrés laboral, que según datos de la Agencia para la Seguridad y Salud en el Trabajo, se presenta como el segundo problema de salud relacionado con el trabajo más frecuente en Europa, y el primero dentro de los conocidos como riesgos psicosociales, con casi la mitad de las jornadas laborales perdidas y un coste para la economía de esta zona geográfica y política de 136.000 millones de euros al año.

Cuando nos enfrentamos a la cuestión de la violencia laboral, lo primero que nos asalta es la necesidad establecer los elementos que definen a la misma. Y, en tal sentido, hay que poner de relieve que en la actualidad se manejan y existen diversas definiciones sobre la violencia laboral. Así, de un lado, contamos con la aportada por parte de la OIT, que es definida por la OIT en el mencionado [*Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*](#) de 2003, como «toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma».

Un concepto similar se propone por parte de la Comisión Europea en el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, concluido el 26 de abril de 2007, cuando indica que «el acoso y la violencia son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas, y pueden tomar muy diversas formas, algunas más fácilmente identificables que otras. La exposición de las personas al acoso y a la violencia puede depender del entorno de trabajo. Se da acoso cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo. Se habla de violencia cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo. El acoso y la violencia pueden provenir de uno o más directivos o trabajadores, con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil».

En consecuencia, por tal se ha de entender a los incidentes en los que se abusa, amenaza o ataca a las personas, en circunstancias relacionadas con su trabajo, que implican una amenaza explícita o implícita a su seguridad, bienestar y salud.

Por último, la OMS, en el *Informe mundial sobre violencia y salud* (2002), la define como el uso intencional del poder, amenaza o efectivo, contra otra persona o un grupo, en circunstancias relacionadas con el trabajo, que cause o tiene un alto grado de probabilidad de causar lesiones, muerte,

daño psicológico, mal desarrollo o privación.

En todo caso, hay que diferenciar si esa acción pone en riesgo la integridad corporal, la cual se conoce como “violencia física”, o si se utilizan los mecanismos de la presión psíquica, que se conoce como “violencia psíquica”. Además, atendiendo a la persona agresora, si se deriva de personas con las que existe relación en la empresa se la llama “violencia interna” (violencia laboral), y si procede de sujetos sin vínculo, como clientes, usuarios, entonces se llama “violencia externa” (violencia en el trabajo).

Para una delimitación más precisa de estos fenómenos se ha de destacar una diferencia fundamental que está ligada a su conceptualización como proceso o como suceso:

- violencia como proceso:
 - acoso;
 - violencia interna: como intimidación o agresión en situaciones límite de un proceso de conflicto;
 - violencia externa: como intimidación o agresión derivada de las relaciones de prestación de servicios o en situaciones delictivas;
- violencia como suceso:
 - violencia interna;
 - violencia externa.

Esta diferenciación permitirá asignar recursos e instrumentos diferentes con el objetivo de evaluar con mayor rigor y eficacia dichos riesgos laborales, de manera que para el grupo de “violencia como proceso” se pueden utilizar modelos conceptuales del tipo, por ejemplo, SATA, mientras que para el grupo “violencia como suceso” se han de contar con otros factores y una conceptualización diferente.

De cualquier modo, en todos los casos estamos ante un riesgo laboral que es susceptible no sólo de lesionar la integridad física sino también la psíquica (intimidación, amenazas, acoso, estrés postraumático...), de modo que también la violencia es un factor de riesgo psicosocial, pues genera miedo y disminución de los recursos emocionales y cognitivos en quien la sufre, lo cual encuentra fiel reflejo tanto en la NTP 489 INSHT, referente fundamental técnico en esta materia, como en el Criterio Técnico 81/2011, de la ITSS.

Hay que destacar en este sentido la amplitud del concepto de violencia en el lugar de trabajo que refleja la mencionada NTP 489 del INSHT, que señala que existe la tendencia a asociar violencia con la agresión física. No obstante ello, el concepto de violencia, como hemos puesto de relieve, ha de ser más amplio que el de ligarlo a situaciones de agresiones físicas tales como golpear, pegar, disparar, empujar, agredir, etc., debiendo, sin lugar a

dudas, incluir y englobar a todas las conductas que son susceptibles de violentar o intimidar a las personas que son destinatarios de tales acciones. Esta comprensión ha de ser relacionada con la necesaria prevención eficaz de todas las situaciones vinculadas a la violencia en el lugar de trabajo, y el hecho de la infradetección de aquéllas en orden a no prestárseles atención suficiente o como consecuencia de considerarse como episodios inherentes a la actividad que se presta, desconociéndose los importantes efectos sobre sus víctimas y sobre el resto de la plantilla de trabajadores de la empresa.

Un problema adicional en materia conceptual es el de la vinculación que ha de existir entre la violencia y la relación laboral, de modo que para que pueda catalogarse como una situación de violencia en el lugar de trabajo ha de traer causa el mencionado episodio violento en la prestación de la actividad laboral dependiente de empleador o que acaezca en otros lugares donde los trabajadores desarrollen su trabajo, o sean requeridos en los mismos como condición para el desempeño de su actividad laboral, o incluso se produzcan en el momento o itinerario para ir al puesto de trabajo o venir desde el mismo hasta su domicilio.

Tomando en consideración tales precisiones, como hemos destacado, se diferencian de manera habitual dos formas de violencia laboral: la física y la psicológica, lo cual no obsta a que se puedan producir las dos de manera simultánea, y sea difícil en buena parte de las situaciones en las que se materializan a poderlas diferenciar de manera inequívoca. En tal sentido, para la delimitación conceptual de la violencia en el trabajo se considera el reconocimiento de los contextos en los que puede aparecer la violencia el elemento principal para poder diferenciar los diferentes tipos en los que se puede distinguir la violencia en el trabajo.

Desde un punto de vista teórico, se puede diferenciar la violencia en el trabajo en tres tipos fundamentales:

- a) violencia tipo I, que comprende los actos violentos procedentes de personas que no están vinculadas con el propio trabajo. Con ello nos estamos refiriendo a aquellos supuestos de violencia que se cometen con ocasión de robos, asaltos y atracos en el lugar de trabajo, con el objetivo de obtener bienes de valor por parte de los asaltantes;
- b) violencia tipo II, referida a los actos violentos realizados por los clientes a quienes se atiende o se presta el servicio. Con carácter habitual se vincula la misma a situaciones ligadas a reclamaciones o la exigencia de derechos por parte de los usuarios o clientes, con el objetivo de que le sean reconocidos sus expectativas en cuanto al bien o servicio que se le ha prestado y con el que se siente insatisfecho;

c) violencia tipo III, es aquella que se produce por actos violentos que provienen de compañeros o superiores del propio lugar de trabajo. Ésta es la modalidad de violencia que se asocia a situaciones de conflictos laborales de tipo organizacional o personal, y en los que se pretende alcanzar unos beneficios que no se están obteniendo o son reclamados por otros grupos de trabajadores.

Delimitada así las diferentes tipologías de violencia externa, se puede esquematizar las mismas de en función de las personas implicadas en tales situaciones y el vínculo relacional que existe entre ellas:

| | Agresor | Motivo habitual | Escenarios | Características |
|--------------------------|---|--|--|---|
| Violencia tipo I | Sin relación laboral o comercial del usuario con la víctima | Robo | Establecimientos bancarios, comerciales de efectos de valor, lugares donde se produzca intercambio de dinero y transacciones económicas (bancos, gasolineras, transporte público, etc.). | Conductas con alto nivel de violencia y elevadas posibilidades de lesiones. Tales situaciones no se dan con carácter frecuente o periódico. |
| Violencia tipo II | Los agresores suelen ser clientes o usuarios, o están vinculados a quienes lo son (familiares). | Insatisfacción con el servicio o producto, o por sentimiento de frustración o engaño relacionado con el mismo. | Se producen en el lugar de prestación del servicio o venta del producto, siendo más frecuentes en servicios profesionales de carácter público o privado tales como educación, sanidad, transporte, seguridad, personal de atención al usuario o ciudadano. | Se producen con mayor frecuencia las agresiones del tipo de abusos verbales, amenazas y lesiones físicas de leve o moderada violencia. La producción y reiteración de tales situaciones es de carácter moderado a alto. |

| | | | | |
|---------------------------|--|--|--|--|
| Violencia tipo III | Son personas con algún tipo de relación laboral con el centro de trabajo o con algún trabajador del mismo. | Se producen entre compañeros de trabajo o superiores a consecuencia de un conflicto insuficientemente elaborado de forma verbal y pobremente comunicado. | Habitualmente se produce en el centro de trabajo en el que presta su actividad el trabajador-víctima, pudiendo producirse además en el trayecto a o las inmediaciones de aquel | Agresiones verbales y o físicas, con relativo nivel de posibles reiteraciones. |
|---------------------------|--|--|--|--|

Como se puede apreciar, la violencia en el lugar de trabajo, en términos amplios, es todo acto de amenaza o violencia en contra de los trabajadores, que puede ocurrir dentro o fuera del lugar de trabajo, y con una diversidad de tipologías de acción agresiva que abarcan desde las amenazas y la agresión verbal hasta las agresiones físicas y el homicidio. Por tanto, la variedad de comportamientos que se pueden integrar en la categoría “violencia en el trabajo” es muy amplia, lo cual, en muchas ocasiones, provoca la dificultad de determinar cuál es la línea que separa a los comportamientos que son aceptables de los que merecen la reprobación – y la protección de la víctima/trabajador –, y su percepción, en función de los diferentes contextos culturales y sociales, es tan diversa que todo ello provoca un desafío importante para definir este fenómeno. La indefinición incluye pues, además de al propio concepto, a las percepciones de los que es admisible o no.

Estas percepciones previas influirán sobre los comportamientos de los trabajadores en relación a su seguridad personal, de forma que un acontecimiento violento que causa un trauma emocional o psicológico en la persona que lo sufre, o que lo ha presenciado, o se lo han explicado, y a lo que se denomina “incidente crítico”, y que puede derivar en un “trauma psíquico”, esto es, en una situación que provoca diversos trastornos que en buena parte de las ocasiones dejan secuelas, podrán configurar la percepción del riesgo independientemente de que se ajuste o no a las condiciones reales, y estimular un sentimiento de los trabajadores sobre sus trabajos y los puestos que desempeñan en los que no se tratan adecuadamente sus problemas. Pueden, en fin, crear una visión personal sobre la organización, el trabajo y los riesgos a él asociados, incidiendo ello gravemente en la salud, la moral y la productividad.

Es por ello que el análisis de la violencia debe abarcar tanto la dimensión

de los recursos de seguridad que estén disponibles, como la percepción del riesgo por parte de los trabajadores. Hay que valorar tanto el riesgo objetivo de seguridad, como las percepciones de los trabajadores respecto a la situación de seguridad personal: análisis, por tanto, como riesgo de seguridad y como riesgos psicosocial.

Otro elemento importante en esta materia es la determinación de los motivos que originan las conductas agresivas. En tal sentido hay que partir de que la conducta agresiva es multicausal, y puede tener su origen en causas diversas pudiendo éstas combinarse entre sí.

De manera genérica, los estudios en esta materia ponen de relieve que las dos causas más comunes que causan violencia son:

- a) factores biológicos: diversos estudios sobre el genoma y los neurotransmisores cerebrales ponen de manifiesto que se encuentran presentes en algunas personas determinados factores biológicos que los predisponen a conductas agresivas conformándolos con un carácter más inestable y emocionalmente más explosivos, lo cual lleva a afirmar que con independencia de los contextos y situaciones que se puedan producir en cada momento hay un mayor riesgo de que se materialicen conductas agresivas por parte de personas en los que se den tales factores biológicos que los predispongan a actuaciones violentas;
- b) aprendizaje social: como se conoce, la conducta social es resultado de un proceso de aprendizaje, de modo que la conducta agresiva resulta ser un producto resultante del aprendizaje de la persona en el contexto social en el que se ha desarrollado y educado. Y, en tales términos, se aprende a determinar y seleccionar el cuándo, a quiénes y cómo ejercer las conductas violentas, a fin de alcanzar los objetivos pretendidos, lo cual lleva a plantear la necesidad de un reaprendizaje de otras conductas para alcanzar tales finalidades utilizando medios y actitudes socialmente más integrados.

La combinación de ambos factores da nacimiento a la materialización e interiorización de una conducta social de agresividad que cuando se exterioriza provoca situaciones de violencia con las personas y las cosas, y que se puede producir en diferentes contextos sociales entre los que se encuentra el laboral.

En el contexto laboral las causas de la conducta agresiva vuelven a tener una diversa tipología, y que pueden ser:

- 1) causas procedentes del entorno: las zonas donde se constatan altos niveles de delincuencia, o donde se asiste a una situación económica deprimida o inestable, la inseguridad se convierte en un problema generalizado que contagia al resto de contextos relacionales y sociales y

en los que el medio laboral es un lugar de especial predisposición a que ello se produzca;

- 2) causas procedentes del medio de trabajo: se pueden producir importantes tensiones en este medio en razón a una diversidad de motivos tales como la existencia de mandos agresivos, presiones ligadas a la necesidad de incrementar la productividad, plantillas insuficientes, reestructuraciones de plantilla, trabajos en turnos o nocturnos, etc.;
- 3) causas procedentes de la persona: el desarrollo de conductas agresivas viene motivado en muchas ocasiones por estar inmersa la persona en situaciones tales como nerviosismo, irritabilidad, fracaso personales reiterados, frustraciones, inestabilidad emocional, etc., lo cual, y en función del carácter personal de cada sujeto, provocan el que se sea más propicio a conductas agresivas sin razones aparentes para ello.

Los efectos y consecuencias que la violencia en el trabajo pueden producir serán diferentes en función del tipo de violencia ante la estemos. Así, en la de tipo I se producen los efectos más traumáticos puesto que van ligados a situaciones de atraco o asalto con intimidación personal en las que se pone en riesgo la vida e integridad de las personas en tanto que están presentes armas de diferente naturaleza. Por ello presentan un alto nivel de causar traumas y secuelas que invalidan al trabajador para ejercer su profesión, y que pueden desarrollar el conocido como síndrome de estrés postraumático.

La violencia tipo II o de servicios, en tanto que se produce una interacción con los usuarios o clientes que esgrimen demandas emocionales que son difíciles de atender o satisfacer de forma adecuada, en tanto que queda fuera del alcance de las posibilidades del trabajador o de sus propias responsabilidades, provocan como secuela más habitual el desgaste profesional o burnout, ya que el trabajador comprometido se puede distanciar emocionalmente del servicio que presta convirtiendo su trabajo en una tarea distante para evitar problemas.

La violencia tipo III o relacional, y que viene motivada por situaciones que crean un clima sociolaboral conflictivo, tiene como consecuencia el que se produzcan situaciones de insatisfacción, absentismo o rotación del personal.

Las consecuencias de tales situaciones son diferentes, presentándose las siguientes:

- a) consecuencias individuales. La violencia laboral produce consecuencias físicas y psicológicas en las personas que la sufren alterando a su rendimiento y en su integridad social. Ello se materializa no solo en momentos puntuales o limitados al tiempo de recuperación física de

- los traumas o lesiones sufridas, sino que se pueden extender más allá provocando enfermedades psicosomáticas tales como alergias y trastornos gastrointestinales; disminuyendo la motivación, el rendimiento personal y la autoestima; provoca conductas de evitación, de pensamientos negativos sobre la propia persona, la organización y la profesión; o, en fin, puede producir afectaciones cognitivas;
- b) consecuencias laborales. La violencia laboral suele afectar a las prácticas laborales y al clima de seguridad de los trabajadores, pudiendo provocar incremento del absentismo y pérdidas de horas de trabajo; descenso de la calidad del trabajo; deterioro del ambiente laboral; aumento de la rotación del personal; conflictos laborales; e inclusive, la reacción por parte de la empresa de incrementar los niveles y medidas de seguridad, puede llevar a producir un efecto rebote que motivan situaciones de aislamiento y de deterioro de la eficacia del servicio afectando a los trabajadores, usuarios y clientes, lo cual redundará en la insatisfacción de éstos, así como el deterioro de la imagen de la organización;
 - c) consecuencias sociales. El hecho de trascender a la sociedad una determinada imagen de una actividad profesional ligada a niveles elevados de riesgos derivados de situaciones de violencia, puede provocar que determinados puestos de trabajo se eviten por parte de la población.

3. Actividades laborales y violencia

No cabe afirmar, sin más, la posibilidad de que se pueda hablar de actividades laborales o profesiones que estén exentas de situaciones ligadas a la comisión de actos de violencia física, aunque, no obstante, sí que se puede destacar la existencia de puestos de trabajo que presentan mayores niveles de riesgo en la materialización de episodios y situaciones de violencia física.

En tal sentido, desde el punto de vista de las propias características y condicionantes materiales en la ejecución de la actividad laboral, existen determinados puestos que pueden considerarse incluidos dentro de los que tienen mayores probabilidades de sufrir procesos de violencia, como son:

- a) trabajos que están en contacto con los usuarios, clientes y público en general: los mismos, dado su exposición y trato con diferentes colectivos de personas que entran en relación con los servicios que presta la empresa, conllevan un elevado índice de generar el riesgo de

- violencia dado que ellas se encuentran en contacto directo con las situaciones que se derivan de la propia prestación del servicio que demanda el usuario, siendo, por tanto, receptor directo de los episodios de frustración y demandas sobre tales servicios;
- b) trabajos realizados en franjas horarias de escasa frecuencia de compañeros, clientes, usuarios y/o público en general: la actividad laboral desarrollada en horario nocturno, fines de semana, período vacacionales o de descanso conlleva la ejecución del mismo en situaciones en las que no se encuentra el trabajador/a acompañado del resto de la plantilla de la empresa, o, cuanto menos, ésta está presente en un porcentaje inferior al de la jornada laboral regular, lo cual posibilita una mayor desprotección de tales colectivos de trabajadores frente a episodios de violencia externa derivados principalmente de la comisión de hechos delictivos. En tal sentido, se encuentran, entre otros, los trabajadores de los servicios de mantenimiento, limpieza, seguridad, etc.;
 - c) trabajos realizados, con carácter general, en soledad: tal colectivo de trabajadores/as, dadas las propias características de la ejecución de la actividad laboral que se singulariza por prestarse, preferentemente, en régimen de soledad, hacen que se encuentren expuestos a mayores índices de sufrir ataques físicos. Entre los mismos se pueden destacar los trabajos que se prestan por parte de colectivos como transporte público, personal de cobro en establecimientos abiertos al público en horario nocturno, trabajadores de servicios de reparación, mantenimiento, de venta a domicilio, etc.;
 - d) trabajos en los que se está en contacto con objetos de valor o moneda: el hecho de que se desarrolle la actividad en íntima relación con el manejo de moneda u objetos de alto valor económico motiva que ellos se consideren como situaciones que provocan la exposición a procesos delictivos de robo que, en muchas ocasiones, alcanzan episodios de violencia física extrema que incluso pueden llevar a la muerte. Son los casos de trabajos en joyerías, establecimientos financieros, cobradores de servicios y/o productos, etc.;
 - e) trabajos con colectivos problemáticos o conflictivos: se tratan de prestaciones en las que la actividad laboral está ligada a servicios que se procuran a colectivos que son especialmente conflictivos – establecimientos penitenciarios, de reinserción de menores, etc. –, o en los que sus usuarios tienen dolencias que les priva de un estado psíquico y/o emocional que les permite discernir las situaciones de violencia – psiquiátricos, centros para discapacitados psíquicos con episodios violentos, centros de atención especializada para tales

- colectivos, etc.;
- f) trabajos de seguridad y de inspección: las actividades ligadas al mantenimiento de la seguridad de la personas y/o de los espacios privados o públicos, o bien, los trabajos que están dirigidos a constatar el cumplimiento de la normativa que regula las características, modo o forma de ejecutar o prestar una actividad, un servicio, o cumplir una obligación legal y que pueden conllevar una actuación sancionadora. En todas ellas se advierte una mayor probabilidad de enfrentamientos con los colectivos y/o personas individuales que pretendan poner en riesgo a aquellos bienes o personas cuya seguridad se pretende, o que se nieguen a cumplir con los marcos reguladores a los que están obligados. Nos referimos así, de un lado, al personal de seguridad, sea éste de naturaleza pública – policía, Guardia Civil, personal de las Fuerzas Armadas – o privada – trabajadores/as de empresas privadas de seguridad – o, de otro, a los cuerpos de inspección de la Administración Pública – las diferentes escalas de la Inspección de Trabajo, de Hacienda, sanitaria, apuestas y juegos, etc. – o de inspección privada – colectivos de inspección y mantenimiento de instalaciones energéticas, propiedad intelectual, etc.

4. Violencia laboral, prevención y evaluación de riesgos

Aun cuando los riesgos psicosociales constituyen en la actualidad el segundo problema de salud laboral en Europa, sólo por detrás de los riesgos ergonómicos, todo lo referente a su prevención sigue constituyendo en cierto modo un campo abonado a la incertidumbre. Y si de lo que se trata es de una de las dimensiones de tales riesgos, en concreto, los supuestos de violencia y acoso de terceros, la situación se torna mucho más compleja, pues es con creces en materia preventiva la que menos atendida es por las políticas de prevención de riesgos, tanto públicas como de empresas. Las causas que han llevado a ello, algunas de gran arraigo rayanas en lo “cultural”, pueden explicar – que no justificar – esta situación, a lo que ayudan los interrogantes – de todo punto errados – que se ciernen en torno a la existencia de una obligación empresarial concreta incluida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) en orden a la prevención de los mismos, pues salvo la genérica referencia a los “factores de riesgo psicosocial” del artículo 15. d) LPRL ninguna otra previsión legislativa encontramos.

Sin embargo, no se ha de obviar, en primer término, el deber de protección del empresario que se contempla en el art. 14.2 LPRL, según el

cual el empresario «deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo», y añadiendo que «a estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores».

Partiendo de tal previsión legal, no cabe duda alguna de que, aun no existiendo previsiones específicas sobre las situaciones de violencia en el lugar de trabajo, sin embargo, ellas quedarían incluidas dentro del marco del deber de adopción por el empresario de cuantas medidas considere oportunas y adecuadas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo en la medida que sea posible. Ligándose a ello lo previsto en el artículo 15.1, letra g) de la LPRL, en el que se puede identificar un principio de acción preventiva, esto es, una regla general que indica el cómo debe hacer el empresario la prevención y le obliga a ello, y según el cual habrá que «planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo», lo cual, sin lugar a equívocos, nos ha de llevar a que la regla general mencionada incluye dentro de la obligación de prevenir todos los factores de riesgo psicosocial, aun cuando se esté refiriendo a “relaciones sociales” y utilice así una expresión que pueda desorientar de algún modo.

En esta materia un instrumento importante para la determinación y orientación sobre las medidas preventivas a adoptar por el empresario ante los supuestos de riesgos de violencia externa es la *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre riesgos psicosociales* (2012).

Para la prevención del riesgo laboral de violencia externa es necesario centrarse en los factores específicos que inducen a la misma, lo cual nos obliga a tener que centrarnos en tres tipos de ámbitos y las medidas que pudieran proceder respecto de los mismos. En tal sentido, ello se habría de concretar sobre el entorno, la organización del trabajo y sobre las personas.

En cuanto al entorno, es necesario que se dispongan medidas que dificulten o eliminen la posibilidad del ejercicio de la violencia, creando zonas o ámbitos en las que se desanimen a las personas que pudieren ejercer acciones violentas y agresivas. A este respecto, en los centros de trabajo y, en específico, en los puestos de trabajo en los que puede ejercerse una violencia de este tipo, sería preciso que se articularan una serie de medidas vinculadas a alcanzar el objetivo de eliminación o, en su caso, reducción del riesgo. Entre ellas podríamos destacar:

- disponer elementos de iluminación adecuados que permitan identificar

- a los posibles agresores;
- establecer controles de seguridad o zonas de seguridad que dificulten el acceso a los agresores;
- monitorizar las zonas de mayor riesgo;
- ubicar a los trabajadores sometidos a este riesgo en zonas de seguridad o que tengan fácil acceso a tales zonas de seguridad;
- evitar la acumulación de dinero en efectivo, retirándolo de manera periódica y mediante sistemas que desincentiven las acciones de robo y la consiguiente situación de violencia;
- establecer sistemas y procedimientos de manejo en condiciones de seguridad de bienes de valor o de dinero en efectivo;
- limitar la disponibilidad monetaria por parte de los trabajadores destinados a puestos que estén en contacto con el dinero;
- comunicar de forma manifiesta a los clientes que se dispone de medidas de seguridad.

En cuanto al ámbito de la organización del trabajo, se pueden arbitrar medidas como:

- establecer procedimientos de espera razonables y conocidos;
- crear espacios y zonas de espera, colas para acceso al servicio, etc., en los que sea patente su organización y confortabilidad;
- concretar de manera fehaciente para los usuarios y clientes los procedimientos de atención a los mismos;
- determinar un sistema de reclamaciones accesible y de fácil conocimiento y comprensión, con un procedimiento de respuesta ágil y eficaz;
- evitar los trabajos en solitario, lo cual debe incrementarse si ello se produce en horario nocturno o en lugares alejados o apartados de zonas de tránsito o núcleos urbanos.

Por último, en cuanto a las personas, es preciso tomar a éstas y a sus propios caracteres personales y sociales como elementos básicos a la hora de diseñar las medidas preventivas destinadas a eliminar o reducir los riesgos ligados a situaciones de violencia externa en los lugares de trabajo.

En todo caso, se deben destacar una serie de requisitos especiales sobre los que habrá de tomarse especial interés en que ellos se materialicen en el momento en el que se disponga la concreción del programa preventivo, a fin de que el mismo sea efectivo. En tal sentido, es crucial que el mismo se realice desde una óptica participativa de todo el personal de la empresa, y con un papel central por parte de la representación de los trabajadores. La participación de todos los niveles del grupo que sufre este riesgo, además de la dirección y la representación de los trabajadores se conforma como pilar básico para que el programa preventivo tenga plenos visos de

efectividad práctica.

De otro lado, un elemento añadido y básico en esta materia es el de la formación y el entrenamiento de todo el personal de riesgo en competencias para afrontar y resolver las situaciones de violencia. En este sentido, es importante que el trabajador cuente con la formación necesaria para el manejo y destreza en las habilidades de interacción en situaciones amenazantes, con las que ya no sólo pueda manejar las mismas, sino que pueda adelantarse a ellas pudiendo determinar e identificar cuáles son los momentos y situaciones de riesgo que puedan conllevar a una situación real de violencia. La formación en esta materia se deberá centrar, por tanto, en el adiestramiento para identificar a agresores, motivaciones y recursos con los que controlar el nivel de amenaza, además de las formas de manejar las situaciones de crisis y las alternativas de respuesta, así como en programas de manejo de estrés.

Un tercer elemento debe ser el de establecer por parte de la empresa una política de información sobre el procedimiento de respuesta y acceso al servicio suficientemente claro y conocido a los clientes y usuarios, de forma que puedan conocer si se pueden o se están produciendo demoras, las causas de éstas y las posibles vías de solución.

Por último, la empresa u organización debe comunicar a sus empleados y clientes la política adoptada en contra de las situaciones y acciones que conduzcan a la violencia, informando de que las mismas tendrán las consecuencias legales oportunas, además de las que se puedan adoptar con carácter interno sobre el acceso a los servicios que se presten. En esta misma línea, se ha de motivar a los trabajadores para que informen sobre los incidentes violentos que se produzcan, a fin de que se investiguen y se evalúen, garantizándose la confidencialidad y la no repercusión que la denuncia pueda tener para con el trabajador que la comunique.

Cuando nos enfrentamos a la necesidad de evaluar el riesgo de la violencia externa en los lugares de trabajo debe partirse de una planificación previa que permita situar el problema de manera que pueda definirse el procedimiento a seguir, de forma que éste responda a la necesidad de que el resultado obtenido nos proporcione confianza.

En tal sentido, y tal como indica el art. 5.1 RSP, la evaluación se hará «a partir de la información obtenida sobre la organización, características y complejidad del trabajo, sobre las materias primas y los equipos de trabajo existentes en la empresa y sobre el estado de salud de los trabajadores».

Por su parte, el art. 4 RSP establece que la evaluación se ha de extender y comprender cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurren dicho riesgo, teniendo en cuenta a tal fin:

- las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan

definidas en el art. 7.4 LPRL, y, en especial, las contenidas en el apartado d) sobre la organización y la ordenación del trabajo;

- la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones.

En tales términos, el técnico actuante habrá de reunir información previa sobre estos aspectos y sobre el contexto organizativo, las tareas que se realizan, etc., ya que ello determinará cuál es la técnica más adecuada y por tanto el nivel de preparación de las personas que deban llevar a cabo la evaluación.

Los arts. 4.2 y 7.a) del RSP establecen que la evaluación deberá hacerse por puestos de trabajo, no obstante lo cual ello no obsta a que también se evalúe sobre los grupos o unidades organizativas que se consideren como de necesario objeto de análisis, o bien siguiendo los criterios que hayan sido acordados con los trabajadores y sus representantes (arts. 33.1.b) y 36.1.c) LPRL y Art. 5.1 RSP), todo ello en cuanto que la finalidad pretendida de tal evaluación es centra en analizar los factores ligados al diseño de tareas y la organización de las mismas.

El método o procedimiento escogido deberá ser específico para los lugares y puestos de trabajo que se ocupen, de ahí el que sea cuanto menos cuestionable que se establezcan protocolos formalizados que sean extrapolables de unos sectores a otros. En tal sentido, se consideran que tales protocolos deberían revestir una serie de características básicas que lleven a que los mismos sean:

- comprensibles;
- de fácil uso;
- útiles;
- específicos;
- preventivo;
- integral;
- coordinado;
- sistemático;
- conceptualmente correcto;
- que incluya medidas de información y formación;
- que articule asistencia médica, psicológica y jurídica;
- que promueva la colaboración y participación;
- que sea revisable.

Partiendo de ello, el método o métodos escogidos han de ser conformes al art. 5.3. RSP, teniendo presente que sobre los métodos de evaluación de riesgos de violencia externa ni, en general, sobre los riesgos psicosociales no existe Guía Técnica del INSHT, tampoco una norma UNE (salvo en

lo relativo a la carga mental norma UNE-EN ISO 10075-1 y norma UNE-EN ISO 10075-3), ni normas internacionales. Por lo tanto, son de aplicación las disposiciones del art. 5.2 y 5.3.d) del RSP que establecen que ante estos supuestos se deben utilizar guías de entidades de reconocido prestigio en la materia u otros métodos o criterios profesionales descritos documentalmente siempre que proporcionen confianza en el resultado.

En principio, y teniendo lo anterior presente, no puede considerarse que haya un método, técnica o instrumento que sea el mejor en todos los casos, por lo que deben analizarse las ventajas e inconvenientes que ofrece cada uno de ellos en cada situación concreta, pudiendo ser necesaria la aplicación de diversas técnicas combinadas que pueden ser cuantitativas o cualitativas.

Hay que tener en cuenta que el art. 5.2 RSP dispone que el procedimiento de evaluación deberá proporcionar confianza sobre su resultado y que en caso de duda deberán adoptarse las medidas preventivas más favorables, desde el punto de vista de la prevención.

No existe, a priori, una metodología que se pueda considerar como mejor o peor para evaluar este factor de riesgo. La adecuación de la misma se ha de localizar en la propia definición de concretas dimensiones que permitan que la evaluación aflore los episodios y situaciones de violencia externa, así como su percepción por el trabajador y los efectos en la salud psicológica y física como estresores. En tal sentido se cuenta con métodos de evaluación como el CoPsoQ-istas21 (versión 2, publicada en 2014), o el FPSICO 4.0 del INSHT.

En todo caso, es preciso remarcar que la elección del método y las demás actividades de preparación de la evaluación han de ser objeto de consulta a los trabajadores o sus representantes (arts. 33.1.b) y 36.1.c) LPRL y art. 3.2 RSP, así como la SAN – Sala de lo Social – de 14 de mayo de 2014, y la confirmación de la misma por la STS – sala de los Social – de 16 de febrero de 2016.

Una vez realizado el análisis correspondiente, el técnico ha de identificar los factores de riesgo resultantes y el grado en que los mismos se manifiestan.

Por último, todos los riesgos identificados han de ir acompañados de medidas preventivas, pudiendo adoptarse tres tipos de medidas:

- 1) medidas primarias, preventivas u organizativas;
- 2) medidas secundarias o de intervención o afrontamiento;
- 3) medidas terciarias o de protección o rehabilitación.

Para terminar, muy someramente haya que destacar que en materia del marco regulador no se ha de obviar el papel a desarrollar por parte de la negociación colectiva sobre la violencia externa y prevención de riesgos

laborales. En este sentido, la primera conclusión que se extrae a la luz del análisis de tales previsiones convencionales es que en esta materia el reflejo de la actividad negociadora de las partes es muy reducido aunque con una clara tendencia a salir de esta situación de marginalidad reguladora. Se localizan escasas regulaciones ligadas a los supuestos o situaciones de violencia externa, pudiéndose agrupar las mismas en las siguientes:

- se define dentro de lo que se entiende como violencia en el trabajo (Convenio colectivo del sector del transporte sanitario de Navarra, BON de 18 de noviembre de 2014);
- se prevé asistencia legal para los supuestos de agresiones físicas o verbales (IV Convenio Colectivo Estatal para el sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos, BOE 11 de agosto de 2008, o el I Convenio colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud, DO Generalidad de Cataluña de 29 de julio de 2015);
- se establece la obligación de aprobar protocolos, sistemas de registro de tales incidentes y evaluar este riesgo (I Convenio colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud, DO Generalidad de Cataluña de 29 de julio de 2015, o el Convenio Colectivo de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos SA para los años 2013, 2014, 2015 y 2016, BO País Vasco de 5 de marzo de 2015);
- se crean órganos paritarios de participación de carácter específico para esta materia (como, p. ej, el denominado como el «equipo de violencia cero o equipo de riesgos psicosociales» previsto en el Convenio Colectivo de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos SA para los años 2013, 2014, 2015 y 2016, BO País Vasco de 5 de marzo de 2015);
- se establece un protocolo o procedimiento específico de actuación frente a las situaciones de violencia externa (p. ej. el Protocolo de actuación ante la violencia externa en el lugar de trabajo del personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, BO Aragón de 18 de noviembre de 2014);
- o, en fin, se prevén medidas específicas de vigilancia de la salud para los trabajadores que presenten determinados comportamientos que puedan suponer un peligro para el resto de la plantilla de la empresa o

para otras personas relacionadas con la empresa (X Convenio colectivo de la empresa Vigilancia integrada, SA, BOE de 10 de febrero de 2015).

En fin, entendemos que en esta materia la negociación colectiva es y debe ser entendida como útil de gestión preventiva privilegiado para conseguir una implantación eficaz y flexible de la actividad preventiva en la empresa referido a este riesgo laboral, debiéndose apostar por todos los sujetos implicados en los procesos negociales colectivos por alcanzar mayores cuotas de protección frente a los procesos ligados a actos de violencia externa en los lugares de trabajo o con ocasión de la realización del trabajo.

5. Bibliografía

- AA.VV., [*Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral \(I\)*](#), Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo – NTP, 2011, 891
- AA.VV., [*Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral \(II\)*](#), Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo – NTP, 2011, 892
- DURÁN BERNARDINO M., [*La violencia física en el ámbito laboral. Evolución en el tratamiento convencional*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), 2017, n. 2
- GARCÍA JIMÉNEZ M., *La prevención de la violencia de terceros: dos nuevos instrumentos para la regulación y gestión de los riesgos psicosociales*, en [*Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales de Andalucía – Boletín Informativo*](#), 2010, n. 3
- GARCÍA JIMÉNEZ M., *La violencia externa de terceros como riesgo laboral: los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo*, en *Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales de Andalucía – Boletín Informativo*, 2008, n. 1
- MOLINA NAVARRETE C., *El tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España*, en *Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales – Boletín Informativo*, 2006, n. 1
- MOLINA NAVARRETE C., *Los sistemas de gestión de la violencia de terceros como riesgo laboral: cómo implementar el acuerdo multisectorial europeo en materia*, en OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT, *La gestión del riesgo de violencia de terceros (violencia externa) en el sector servicios públicos, enseñanza y transportes. Reglas y prácticas para prevenirlos*, 2011
- OIT, [*Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*](#), 2003
- UNICRI, [*International Crime Victims Survey*](#)

Los riesgos del denominado “*data outsourcing*” en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes*

Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO**

RESUMEN: La utilización de avanzadas tecnologías digitales va a permitir el reclutamiento de trabajadores altamente eficientes y eficaces para el devenir empresarial contribuyendo a la mejora de los réditos productivos. Ahora bien, estos procesos automatizados van a provocar la ampliación exponencial de la capacidad de obtención de información, permitiendo al empresario un conocimiento completo del perfil de los candidatos a un empleo, incluyendo desde aspectos estrictamente profesionales a características subjetivas pertenecientes al ámbito de la privacidad. Estos riesgos crecen de manera destacada si en el *iter* de colocación intervienen diversos agentes externos, quedando sumido el demandante de ocupación en una clara situación de vulnerabilidad. Ante esta realidad, cobra renovada importancia el respeto de los principios y garantías del ordenamiento de protección de datos a la hora de valorar la legitimidad de las cesiones de noticias entre los sujetos coadyuvantes.

Palabras clave: Acceso al mercado de trabajo, privacidad, transmisión de datos, agentes intermediadores, colaboración público-privada.

SUMARIO: 1. La contribución de los sistemas “*big data*” en la selección de los candidatos más productivos. 2. La aplicación de los principios generales de protección de datos en el momento del acceso al empleo. Reglas comunes para el reclutamiento directo e indirecto. 2.1. Consentimiento expreso. 2.2. Aplicación de medidas precontractuales. 2.3. Información. 2.4. Finalidad. 2.5. Minimización. 3. La utilización de algoritmos diseñados por expertos y su portabilidad al ámbito empresarial a la hora de tomar decisiones sobre la incorporación de efectivos. 4. La solidaridad inter-empresarial: “listas negras”. 5. La remisión de información a los representantes de los trabajadores: copia básica. 6. Traspase de datos entre futuros empleadores y agentes intermediadores. 6.1. Servicio público de empleo. 6.1.1. Portal único de empleo. 6.1.2. Comunicación de la celebración de contratos. 6.2. Agencias privadas de colocación. 6.3. Empresas de trabajo temporal. 6.4. Plataformas virtuales. 6.5. Gabinetes de selección. 6.6. *Outplacement*. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación LE004P17 (*Sostenibilidad económica, social y medioambiental e innovación tecnológica: nuevas coordenadas para las políticas públicas de Castilla y León*, 2017-2019), de la Junta de Castilla y León.

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

The Risks of the “Data Outsourcing” in the Employment Process: Limits to the Transfer of Information among the Possible Subjects Involved

ABSTRACT: The use of advanced digital technologies will allow the recruitment of highly efficient and effective workers for business development contributing to the improvement of productive returns. However, these automated processes are going to induce the exponential expansion of the capacity to obtain information, allowing the businessman a complete knowledge of the profile of the candidates for a job, including from strictly professional aspects to subjective characteristics belonging to the field of privacy. These risks grow dramatically if several external agents participate in the placement process, leaving the job seeker in a clear situation of vulnerability. Taking into account this reality, the principles and guarantees of the data protection order are very important to value the legality of news cessions between the parties involved.

Key Words: Access to the labour market, privacy, data transmission, intermediary agents, public-private collaboration.

1. La contribución de los sistemas “big data” en la selección de los candidatos más productivos

Como con acierto se ha dicho, la «maximización del beneficio empresarial», en cualquier corporación de mayor o menor dimensión, es la «razón de ser última de toda innovación tecnológica»¹. A la consecución de este emblemático objetivo contribuyen de manera muy decisiva: de un lado, el uso de tecnologías de la información y comunicación (TICs) y de otros adelantos (robótica, microelectrónica, virtualización, optométrica, nanotecnología, telemática, plataformas, algoritmos, internet de las cosas, comunicaciones máquina a máquina, realidad aumentada o, por no seguir en un elenco infinito e imparablemente evolutivo, inteligencia artificial) capaces de redundar en el fin de optimizar y agilizar el desempeño de la prestación profesional intensificando los tiempos de trabajo, la eficiencia en los resultados y los réditos empresariales²; de otro, y no menos importante, la disposición de trabajadores altamente eficientes y eficaces³, esto es, *quasi* perfectos o, mejor, “sin defectos” (*salariés-zéro-défaut*)⁴, elegidos utilizando herramientas demostrativas de tal valiosa cualidad para el devenir empresarial. El recurso a modernos utillajes de selección de efectivos imbricados con la tecnología digital va a contribuir de manera destacada a garantizar la solvencia de la corporación *ad futurum*⁵.

Ahora bien, estos procesos automatizados van a provocar, en contrapartida, la ampliación exponencial de la capacidad de obtención, acumulación, retención, elaboración y transmisión de información, permitiendo al empresario un conocimiento completo del perfil de los candidatos a un empleo, en el que se incluyen (cual “teselas de un mosaico”)⁶ desde aspectos estrictamente profesionales a características individuales pertenecientes al ámbito de la privacidad. Facilitan, por tanto,

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La informatización y las nuevas formas de trabajo*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL, R. ESTEBAN LEGARRETA (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004, 10.

² F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, 1991, 72.

³ J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, 1998, 147.

⁴ J.E. RAY, *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, en *Droit Social*, 1992, n. 6, 532.

⁵ J.R. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, 2018, 79 ss.

⁶ J.M. CASTELLS ARTECHE, *La limitación informática*, en S. MARTÍN RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991, tomo II, 924.

un ilimitado e indiscriminado acarreo de circunstancias del candidato a un empleo, permitiendo que noticias anteriormente diseminadas aparezcan instantáneamente reunidas en un soporte digitalizado sin tener en cuenta su relevancia en relación con los requisitos de aptitud o con las obligaciones derivadas del contenido de la prestación laboral, en una práctica muchas veces llevada a cabo con total ignorancia del afectado⁷.

La gravedad de tales peligros no puede ser minusvalorada, máxime cuando es precisamente la fase de reclutamiento el momento donde resulta más acusado el déficit cualitativo en la posición del trabajador frente a posibles ataques a sus derechos fundamentales a través de técnicas automatizadas, no en vano el abuso encuentra respaldo en la situación objetiva de marcada superioridad empresarial sobre el demandante de ocupación. Entre los múltiples factores que pueden influir en estos atentados al *habeas data* ocupa un lugar muy destacado la cesión de circunstancias personales derivada de la intervención de diversos agentes, expertos o sujetos externos que coadyuvan en el proceso de selección⁸, dejando sumido al demandante de empleo en una clara situación de vulnerabilidad en cuanto al control y disposición de sus datos ante los frecuentes trasvases. Ante esta realidad, cobra renovada importancia el respeto de los principios y garantías del ordenamiento de protección de datos a la hora de valorar la legitimidad de las cesiones de noticias entre los diversos coadyuvantes.

2. La aplicación de los principios generales de protección de datos en el momento del acceso al empleo. Reglas comunes para el reclutamiento directo e indirecto

En muchas ocasiones las contrataciones se desarrollan hoy al margen de los canales oficiales, pues las empresas encuentran a las personas que precisan a partir de la información proporcionada por los propios interesados, por sus propios empleados, por las asociaciones profesionales o por los centros formativos que promueven un enlace directo; a su vez, los solicitantes de ocupación contactan con ellas de manera inmediata a través de internet, conociendo sus oportunidades de ingreso y remitiendo

⁷ J.L. GOÑI SEIN, *Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL, R. ESTEBAN LEGARRETA (coords.), *op. cit.*, 51.

⁸ O. GARCÍA COCA, *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, Laborum, 2016, 33.

a tal fin su currículum alojándolo en la página web de la empresa⁹. En otros muchos casos, empero, la imbricación entre las ofertas y demandas tiene lugar a través de los cauces de intermediación diseñados a tal fin, interviniendo agentes externos.

Sea como fuere, esto es, se trate de una relación bilateral o trilateral, es necesario que tanto el responsable del tratamiento (empresario) como el encargado del tratamiento (agente externo) respeten el ordenamiento de protección de datos. Parte sustancial del contenido del Reglamento Europeo 2016/679, de 27 de abril (RPD), y de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, (LOPDyGDD), vienen delimitados por una serie de principios generales, que definen las pautas a las que deben atenerse la recogida, registro y uso de datos, que engloban toda información (tanto objetiva como subjetiva) «sobre una persona física identificada o identificable» (art. 4.1 RPD)¹⁰, quedando protegido cualquier extremo concerniente al aspirante a una ocupación, sea referido a su esfera personal o profesional, como vida familiar, estado civil, número de hijos, titulaciones, puestos desempeñados, trayectoria... e incluso, como ha reconocido recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las valoraciones del rendimiento en forma de opiniones o juicios vertidos respecto de los candidatos durante un proceso de selección¹¹.

Tales postulados rectores del tratamiento de datos pueden resumirse en los siguientes fundamentales: licitud, transparencia, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud y actualización, temporalidad, seguridad a través de la confidencialidad, seudonimización o cifrado, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva. A estos parámetros se unen una serie de garantías de la persona, que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos: información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo, limitación del tratamiento, portabilidad u oposición.

De todo este elenco, muestran especial incidencia en la fase precontractual los siguientes.

⁹ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Los servicios públicos de empleo*, en L. CAMPS RUÍZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, T. SALA FRANCO (coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant Lo Blanch, 2010, 1069.

¹⁰ P. CONCELLÓN FERNÁNDEZ, *El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, n. 48, 236 ss.

¹¹ La STJUE 434/16, de 20 de diciembre de 2017, asunto Peter Nowak/Data Protection Commissioner, ha considerado como datos personales las «respuestas escritas del aspirante durante un examen profesional y las posibles anotaciones del examinador en relación con ellas».

2.1. Consentimiento expreso

El gran postulado (o base jurídica) a partir del cual aparece vertebrada ahora la regulación de protección de datos es, sin duda, la exigencia de una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que se acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales (arts. 4.11 y 6 RPD y art. 6 LOPDyGDD)¹². A diferencia del régimen anterior donde se admitía el consentimiento tácito, la nueva normativa requiere una manifestación o acción positiva del interesado que indique su conformidad con el tratamiento. Se podrá otorgar mediante una proposición escrita, ya sea utilizando medios tradicionales o electrónicos o incluso mediante la marcación de una casilla, o a través de una locución verbal, pero en ambos casos dirigidas específicamente a todos y cada uno de los fines perseguidos¹³. El consentimiento debe ir referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad específica y legítima, sin que sea admisible para un conjunto indefinido de actividades¹⁴, y debiendo ir acompañado con la información referida sobre los derechos subjetivos de los que dispone ante dicho tratamiento¹⁵.

2.2. Aplicación de medidas precontractuales

Como fácilmente puede adivinarse, dada la asimetría de las partes de la relación laboral, sobre todo, si se trata de un aspirante a un empleo, el papel del consentimiento cuenta con bastantes reservas¹⁶. De ahí que, en

¹² M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, *La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, en M.A. DAVARA RODRÍGUEZ (coord.), *XIII Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, 2000, 23. La doctrina constitucional atribuye al consentimiento del afectado un valor fundamental, SSTCo 202/1999, de 8 de noviembre; 144/1999, de 22 de julio; 223/1998, de 24 de noviembre ó 106/1998, de 18 de mayo.

¹³ J. MORALES BARCELÓ, *Big data y protección de datos: especial referencia al consentimiento del afectado*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2017, n. 44, 11.

¹⁴ J.L. GOÑI SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, Bomarzo, 2018, 85.

¹⁵ R. TASCÓN LÓPEZ, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Civitas, 2005, 103.

¹⁶ Dictamen 15/2011 del Grupo de Trabajo del Artículo 29. *Vid.* J.R. MERCADER UGUINA, *La protección de datos personales del trabajador. La obligación del empresario de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2018, 757.

muchas ocasiones en el marco de un contrato de trabajo, nacido o incipiente, este requisito no opere como habilitación ni para conseguir el dato, ni para su tratamiento, ni tampoco para su cesión a favor de quienes, a su vez, prestan un servicio al empresario responsable, es decir, los encargados del tratamiento¹⁷.

Teniendo en cuenta las facilidades con las que contaría el empleador a la hora de obtener el placet del demandante de empleo, el propio ordenamiento de protección de datos establece algunas excepciones de singular aplicación, las cuales, en la práctica, llevan a prescindir del mismo, a saber: cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la «aplicación, a su petición, de medidas precontractuales» (art. 6.1 b) RPD). Aunque con términos más estrictos, la normativa actual, al igual que hacía la precedente, parte de la idea referida a que el consentimiento va implícito en la mera aceptación de la oferta o en la perfección del contrato¹⁸. No es necesario, por tanto, la aquiescencia del trabajador para el tratamiento de sus datos personales en todo lo referente a la celebración del vínculo, a la ejecución de la prestación del servicio y a su extinción, quedando únicamente reducido el margen empresarial para obtener otros datos diferentes, salvo que pudiera acreditarse una causa distinta y legítima¹⁹. En definitiva, el título para el tratamiento de los datos personales de los trabajadores no se basa en el consentimiento, sino en el desarrollo del nexo contractual firmado entre las partes o, incluso, de futura suscripción, al entenderse incluidos también los estadios precontractuales donde se desarrolla el proceso de selección²⁰.

2.3. Información

Aunque no se exija el consentimiento del asalariado o del aspirante a un empleo en el marco del contrato de trabajo o precontrato, sigue siendo necesario observar el deber de información sobre la recogida de datos, tratamiento, uso, plazo de conservación y destino (arts. 13 y 14 RPD), distinguiendo dos posibles circunstancias: si los datos personales se

¹⁷ L.F. LÓPEZ ÁLVAREZ, *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento Europeo*, Francis Lefebvre, 2016, 22.

¹⁸ J.L. GOÑI SEIN, *Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos*, cit., 55.

¹⁹ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, n. 0325/2009.

²⁰ E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, 2018, 49.

obtienen o no del propio interesado (candidato a una vacante). En el primer caso, en el mismo momento en que se consigan, habrá que alertar sobre el tratamiento, siempre que el afectado no disponga ya de dicha información. En el segundo supuesto, cuando los referentes no son aportados por el interesado (léase por un agente intermediador, por un tercero o directamente de alguna aplicación de libre acceso), dicha información ha de suministrarse dentro de un plazo razonable (como máximo de un mes) a contar desde el momento en que se alcancen.

En ambas hipótesis, aunque en un momento diferente, la información básica comprenderá:

- a) la identificación del responsable del acopio y del delegado de protección de datos, en su caso;
- b) los fines del tratamiento y su razón jurídica, esto es, el futuro nexo contractual laboral y sus derivadas;
- c) los destinatarios de los datos personales.

A esta información básica, a aportar en el primer momento, habrá que añadir otra complementaria:

- a) el plazo de conservación de los datos;
- b) los derechos que tienen los interesados en relación con el tratamiento (acceso, rectificación, cancelación y oposición);
- c) la categoría de los datos;
- d) la posibilidad de prestar reclamación ante la autoridad competente en caso de discrepancia con algunos de los extremos del tratamiento;
- e) las finalidades futuras del almacenamiento²¹.

Dentro del catálogo de circunstancias que integran el principio de transparencia se encuentra el destinatario de la información, aspecto de gran importancia cuando en el proceso de colocación intervienen terceros, entendiendo que en este ámbito también hay cesión de datos que no exige consentimiento pero sí información²².

2.4. Finalidad

La exigencia de un tratamiento lícito, leal y transparente que incorpora el art. 5.1 a) RPD tiene un *prius* lógico en cuanto a los medios a través de los cuales pueden ser obtenidos²³: la utilización de vías fraudulentas,

²¹ *Ibidem*, 109.

²² Guidelines on transparency under Regulation 2016/679 (WP260). *Vid.* J. DE MIGUEL, *La obligación de informar de los encargados de tratamiento en el RGPD*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2018, n. 938.

²³ Calificado como principio de legalidad por S. DEL REY GUANTER, *Tratamiento*

engañosas o ilícitas viciará de raíz la información y, sin perjuicio de las responsabilidades de otro tipo a las que pudiera dar lugar (singularmente penales), queda terminantemente prohibido su tratamiento automatizado, en este caso, por el futuro empleador²⁴. Igualmente legítimo ha de ser el objetivo perseguido por el tratamiento²⁵.

De forma harto ilustrativa, el art. 5.1 b) RPD establece que los datos habrán de ser «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos». Sólo se justificará el almacenamiento cuando concurra una finalidad adecuada y, por tanto, «únicamente podrían conservarse aquellos extremos que resulten imprescindibles y por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad perseguida con la adopción de dichos instrumentos»²⁶. Debe existir, por tanto, un motivo determinado, explícito, justificado y lícito para la recogida de referentes y su clasificación²⁷. Por lo que aquí importa, la selección de personal legítima recabar datos que muestren la aptitud profesional del candidato en función de las características del puesto de trabajo.

El citado precepto señala, como matización a la regla general, que las informaciones de carácter personal no podrán utilizarse para finalidades “incompatibles” con aquéllas para las que hubieran sido recogidas, lo que no significa que no puedan utilizarse para finalidades “diferentes”²⁸. La evaluación de la compatibilidad es, pues, clave²⁹. No se trata de hacer una comparación meramente formal o nominal entre el propósito declarado y el ulterior fin, sino de llevar a cabo una disertación sustantiva sobre el acomodo que tenga en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso para determinar si un uso posterior puede ser admisible, cobrando relevancia la predictibilidad por parte de los afectados, de forma que puedan fácilmente adivinar para qué serán utilizados los datos. Ahora bien, este criterio no debe hacer olvidar que el art. 13.3 RPD prohíbe el

automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo (una aproximación a la “intimidad informática” del trabajador), en *Relaciones Laborales*, 1993, n. 2.

²⁴ I. SAGARDOY DE SIMÓN, *Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 1, 1463.

²⁵ A. LUCAS, *Le droit de l’informatique*, Presses Universitaires de France, 1987, 130.

²⁶ D. MARTÍNEZ FONS, *El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000 y 186/2000, de 10 de julio*, en *Relaciones Laborales*, 2002, n. 1.

²⁷ R. TASCÓN LÓPEZ, *Los ficheros empresariales sobre trabajadores y los derechos de los mismos en el marco de la relación contractual con el empleador*, en A. TRONCOSO REIGADA (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, 2010, 502 ss.

²⁸ E. ACED, M.R. HERAS, C.A. SÁIZ (coords.), *Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos big data*, Agencia Española de Protección de Datos, 2017, 11.

²⁹ Grupo de Trabajo del Art. 29, Opinión 03/2013 on purpose limitation, 2 abril 2013.

tratamiento para un destino que no sea el inicial, si no se informa previa y expresamente de ello a los afectados (los candidatos a un empleo)³⁰.

De ahí que tanto la Recomendación núm. 89 del Consejo de Europa como el Código de Conducta aprobado por la OIT entienden que la utilización de las informaciones personales para otras finalidades es conforme con la inicial sólo cuando se deriven beneficios para el aspirante a una ocupación o no se rompan las garantías. Lo importante es que el nuevo uso se justifique también en función del futuro contrato de trabajo y que el afectado sea debidamente informado para que pueda ejercer sus derechos.

El principio de congruencia despliega su eficacia durante todo el tiempo en el que los datos recabados permanecen conservados, por lo que deben suprimirse una vez que cesa la finalidad para la que fueron recogidos y registrados, no en vano el art. 5 e) RPD exige que los datos sean «mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento». La finalidad esgrimida determina el período máximo durante el cual podrán ser almacenados, esto es, sólo el estrictamente imprescindible, admitiéndose, no obstante, su conservación durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad o permitan aportar pruebas para el ejercicio del derecho de defensa³¹.

Parece claro, pues, que si ha concluido el proceso de selección y el solicitante de empleo no ha sido aceptado (y, por consiguiente, no ha formalizado un vínculo de trabajo con el empresario responsable del fichero), desaparecerá el fin para el cual fueron recabados los datos y, en consecuencia, carecerá de sentido mantener tales informaciones en poder de la parte fuerte del nexo contractual. Distinta interpretación supondría una intolerable «apropiación perpetua de amplias facetas de la vida personal» de un trabajador meramente intencional³².

Elementos distintos confluyen en el supuesto de candidatos que hayan superado las pruebas de selección y, en consecuencia, hayan llegado a formalizar un contrato de trabajo con quien es responsable del fichero. Como observa la doctrina³³, la solución debería buscarse, en una primera

³⁰ J.L. GOÑI SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, cit., 106.

³¹ O.J. ÁLVAREZ CIVANTOS, *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Comares, 2002, 36 ss.

³² P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de los datos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 69.

³³ Se sigue aquí el razonamiento de L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Tratamiento automatizado de los datos personales en los procesos de selección de los trabajadores*, en *Relaciones Laborales*, 1994, n.

aproximación, en la aplicación de la regla general y, en consecuencia, procedería entender que si el fin originario de la recogida de datos no era otro sino el de determinar la aptitud profesional del trabajador y ésta ya había sido comprobada, tales datos deberían ser cancelados. Ahora bien, como fácilmente procede colegir, es imposible ignorar el interés legítimo empresarial en conservar los datos obtenidos en el proceso de reclutamiento del candidato seleccionado para, con ellos, organizar y dirigir posteriormente su prestación como trabajador en el seno de su unidad productiva.

Por tal razón, y en línea con la Recomendación número 89 (2), sobre el uso de datos personales en el contrato de trabajo, adoptada por el Consejo de Europa el 18 de enero de 1989, es preciso entender, bajo el principio de buena fe, que si los datos recabados con ocasión del proceso de selección siguen siendo útiles al empresario para la dirección y organización de la prestación laboral del seleccionado en el seno de la empresa (fin indudablemente legítimo) y, por tanto, adecuados, pertinentes y no excesivos, deberá ser admitido su tratamiento informático con el objeto de «no obstaculizar con garantías excesivamente formalistas la actividad de dirección del empresario, hoy cada vez más abocada al uso de sistemas informáticos en la línea del *scientific management*, (pues) sería un requisito absurdo exigir al empleador que cancele unos datos que ya posee y que necesita para un nuevo fin (compatible). Ello supondría obligarle a realizar la recogida dos veces, sin que redunde en una mayor garantía de los derechos del trabajador»³⁴, debiendo, no obstante, informar al afectado.

En fin, un supuesto especial se plantea también cuando el empresario quiera conservar los datos recabados de un candidato para fines legítimos a desarrollar en el futuro, como, por ejemplo, la posibilidad de concertar nuevos vínculos contractuales con el mismo sujeto (lo cual muchas empresas hacen mediante la incorporación a una bolsa de trabajo de aquellos que no superaran un determinado proceso de selección o que habiendo suscrito un contrato de duración determinada han finalizado su vinculación presente con la empresa pero sin descartar concertar una nueva en el futuro), circunstancia ésta que legitima la conservación de los datos, pero, con seguridad, requiere del consentimiento del afectado³⁵. Es preciso reconsiderar, a la postre, cómo, en estricta y lógica interpretación de la Ley, cabe exigir el consentimiento para acudir a fuentes distintas del

1, 537.

³⁴ *Idem*.

³⁵ R. TASCÓN LÓPEZ, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, cit., 94.

interesado, a las denominadas “fuentes paralelas” (otros empresarios, internet, etc.), pues de no mediar tal previa autorización las actuaciones a partir de las cuales se pretenda obtener aquellos datos deben ser calificadas como ilegales.

2.5. Minimización

La información que por vía informática se pretende recabar o acumular ha de ser adecuada y pertinente (art. 5.1 c) RPD), esto es, no sólo debe ser legítima por la probidad de los medios utilizados y de su finalidad, sino también proporcionada, entendiendo por tal un nivel de recogida y almacenamiento de datos “no excesivo” respecto a la finalidad pretendida³⁶: el reclutamiento de efectivos.

La ausencia de mayor precisión y de jurisprudencia consolidada sobre el principio de minimización de datos en el acceso al empleo (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el poder de control, donde el principio de proporcionalidad ha tenido una impronta sustancial) no impide poder colegir cuáles serán los parámetros generales para medir la adecuación de los datos informáticos requeridos o acumulados en el marco de las relaciones laborales bajo el prisma de la «alternativa menos gravosa»³⁷: el titular del fichero tendrá que restringir el tratamiento de los datos, manejando los estrictamente necesarios, teniendo en cuenta que la finalidad del tratamiento no pueda conseguirse por otros medios menos invasivos o intrusivos, recurriendo a procesos de seudomización, si fuese posible, y diseñando medidas de seguridad eficaces en función de los riesgos a los que se someten los datos³⁸.

3. La utilización de algoritmos diseñados por expertos y su portabilidad al ámbito empresarial a la hora de tomar decisiones sobre la incorporación de efectivos

Aun cuando quedará prohibida la recogida de aquellos extremos no estrictamente necesarios para llevar a cabo la valoración de la capacidad profesional del candidato, siendo “impertinente” (y, en consecuencia, prohibida) cualquier otra averiguación sobre hechos no imprescindibles

³⁶ E. DEL PESO NAVARRO, *Ley de Protección de Datos*, Díaz de Santos, 2000, 78 ss.

³⁷ J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, 2018, 28.

³⁸ E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, 89.

para su determinación, en tanto supone – en esa medida – un abuso en el proceso de obtención de información³⁹, en la práctica, empero, la utilización de programas informáticos (fórmulas algorítmicas) de ayuda en la selección de los trabajadores, normalmente diseñados por psicólogos industriales que ponen a disposición de las empresas tales herramientas constituye una realidad que muestra nuevas aristas no solo por la exhaustividad de los cuestionarios sino por la utilización de un proceso interactivo con preguntas de necesaria contestación inmediata y sobre cuyos resultados y utilización de la información obtenida el interesado carece de cualquier garantía.

Ante estos riesgos, el objetivo último a conseguir radica en que las noticias solicitadas sean verdaderamente relevantes para la evaluación de la actividad profesional, para lo cual será preciso crear un sistema (*framework*) de derechos y prerrogativas capaz de garantizar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adquisición de referentes sobre los demandantes de empleo, de forma que sólo sean tenidos en cuenta – como justa medida de valoración – los datos realmente importantes a la hora de ponderar sus aptitudes profesionales, procediendo a desechar los restantes⁴⁰.

Singular importancia presenta esta premisa en relación con el veto a la indagación sobre el consumo de alcohol o drogas, salvo que por las circunstancias de la actividad (como sucede en el transporte, en la medicina o en el deporte) pueda tener repercusión negativa en el trabajo (art. 54.2 f) ET). Idéntica respuesta restrictiva merece el conocimiento por parte de las empresas en relación con el SIDA, con la excepción de los empleados del sector sanitario o de los centros de manipulación de alimentos con riesgo de vertido de sangre. Asimismo, igual conclusión procede adoptar cuando de información genómica o biométrica se trata, quedando proscrita la averiguación sobre tal cuestión y la práctica de pruebas genéticas laborales previas a la contratación, interesantes para la empresa a los efectos de prever futuras enfermedades o de predecir la incidencia de la salud del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales a medio y largo plazo e incluso su mayor productividad, pero prohibidas ahora, incluso, con el consentimiento del afectado⁴¹.

La trascendencia de la intervención de los sindicatos y de los

³⁹ R. TASCÓN LÓPEZ, *La protección de datos personales de los trabajadores*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, n. 16, 455 ss.

⁴⁰ J.E. RAY, *Une loi macédonienne? Étude critique du titre V de la loi 31 décembre 1992*, en *Droit Social*, 1993, n. 2, 103 ss.

⁴¹ Recomendación 2015 (5) del Consejo de Europa.

representantes unitarios sobre estos aspectos en la fase de reclutamiento de efectivos no puede ser minusvalorada aunque de aparentemente justificados test psicotécnicos se trate, pues únicamente serían admisibles cuando sirvieran para proporcionar información sobre los aspectos referidos a la aptitud o ineptitud para determinados puestos de trabajo en los que esté en juego la seguridad de terceros y siempre previo informe sobre las modalidades de utilización de los resultados y de las posibilidades de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y supresión⁴². Es más, los sujetos colectivos deben velar porque sólo se admita la solicitud de certificados de antecedentes penales cuando una disposición normativa contemple dicha exigencia, tal y como sucede con determinadas profesiones como jueces, fiscales, policías, agentes de seguridad privada, empleados de entidades de crédito, etc.; asimismo sucede con los certificados negativos del registro central de delincuentes sexuales, que únicamente podrán recabarse cuando el trabajo se desarrolle de forma habitual con menores⁴³; o también con otras autorizaciones como permisos de conducción o licencias de armas que actúan como requisito *sine qua non* para ejercer determinados oficios⁴⁴.

En definitiva, la regla podría ser esta: las pesquisas solo estarían justificadas si fueran dirigidas directa o inmediatamente a conocer la capacidad del trabajador para el desempeño concreto del trabajo ofertado atendiendo a las características del mismo y no tanto para saber el previsible comportamiento laboral en el futuro⁴⁵, de ahí el interés de evitar test indiscretos y de exigir currículos ciegos, una vez eliminadas referencias personales irrelevantes como el nombre, sexo, edad, fotografías u otras circunstancias personales. Ello sin olvidar la necesidad de asegurar las cancelaciones de los datos de los aspirantes a un empleo

⁴² T. SALA FRANCO, *El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral*, en E. BORRAJO DACRUZ (coord.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, 1999, 210 ss. Como ejemplo señero de que la madurez psicológica de los candidatos será absolutamente imprescindible para el desempeño del puesto, cabe mencionar el control aéreo. *Vid.* ATCo 272/1998, de 3 de diciembre.

⁴³ J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos en las relaciones laborales*, cit., 80. El Informe 2015-0401 de la Agencia de Protección de Datos aclara que será aplicable a quienes desempeñen funciones docentes para los menores de edad, pero no en aquellas profesiones que aun teniendo un contacto habitual con el público en general, entre el que se encuentran los menores de edad, no están por su propia naturaleza destinadas exclusivamente a un público menor de edad, como sucede, por ejemplo, con una empresa de transporte público de viajeros por carretera en lo que se refiere a conductores, azafatas, agentes de ventas, personal de estaciones de servicios, etc.

⁴⁴ C.H. PRECIADO DOMENECH, *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Aranzadi, 2018, 173.

⁴⁵ T. SALA FRANCO, *op. cit.*, 214.

que no han conseguido la ocupación, siendo necesario contar con el consentimiento del afectado para incorporarlos a una posible bolsa para nutrir futuras contrataciones⁴⁶.

4. La solidaridad inter-empresarial: “listas negras”

El incremento actual de la circulación de los trabajadores en el mercado, y el aumento exponencial de la rotación de asalariados entre empresas, hacen surgir necesidades de transmisión de noticias en forma de antecedentes entre los empleadores. Particular problema plantean, en ese contexto, las denominadas “listas negras” que, si bien han existido siempre, presentan una radical novedad-gravedad en los últimos tiempos dada la extensa difusión – prácticamente ilimitada – a través de la informática, máxime cuando la camaradería empresarial tiende a que la información facilitada sea lo más exhaustiva posible en una situación agravada de forma acusada en las grandes corporaciones de los países desarrollados, organizadas en consorcios con gestión centralizada del personal y acumulación de detalles en importantes bancos de datos⁴⁷.

De esta forma, ya ni siquiera será necesario solicitar información dentro de cada sector económico sobre un trabajador que hubiera desempeñado funciones con anterioridad en otra empresa del ramo, pues tal información obrará en los ficheros del consorcio, dando pie al peligro añadido y evidente de transferencia incontrolada de noticias, cuyo contenido no será necesariamente sólo político-sindical, sino comprensivo de razones sociales, familiares, de salud y todo el largo etcétera que imaginarse pudiera (consiguiendo un auténtico *block modeling* a partir del cual quedarían clasificados en bloques – “tribus” – los sujetos-candidatos o trabajadores a través de los datos recogidos)⁴⁸. Este tipo de trasvases son, sin duda, ilícitos al calor de la obligación de cancelar los datos objeto de tratamiento cuando decae la finalidad para la que fueron obtenidos, siendo necesario, en todo caso, que concurra el consentimiento del interesado para que la petición y obtención de dichas referencias se lleve a cabo⁴⁹. Es más, la propia exposición de motivos de la LOPDyGDD sienta

⁴⁶ I. SAGARDOY DE SIMÓN, *op. cit.*, 1462.

⁴⁷ A. LUCAS, *op. cit.*, 289; P. PELOU, A. VUILLEMÍN, *Les nouvelles technologies de la documentation*, La Documentation Française, 1985, 324.

⁴⁸ P. ZANELLI, *Nuove tecnologie. Legge e contrattazione collettiva*, Giuffrè, 1993, 7.

⁴⁹ Ejemplo significativo puede encontrarse en la STS, Civil, 12 noviembre 2015 (rec. 899/2014), que considera discriminatorio el veto al acceso a un puesto de trabajo de un empleado que fue despedido por una empresa subcontratista de Telefónica S.A

que la prestación del consentimiento no dará cobertura a la creación de “listas negras” de sindicalistas (o, mejor, de trabajadores especialmente conflictivos o reivindicativos).

No obstante, pese a esta categórica conclusión, en la práctica la inseguridad está servida. Puede traerse a colación un supuesto en el que la Agencia de Protección de Datos impone una sanción a una empresa que había recibido por fax el currículum de un trabajador enviado por otra empresa, procediendo a llamarle por teléfono para ofrecerle un puesto de trabajo. Posteriormente, la Audiencia Nacional anula la sanción por entender que los datos nunca fueron incorporados a un fichero y la simple recepción por fax del currículum y la llamada telefónica no pueden tener la consideración de tratamiento⁵⁰.

Es más, el propio ordenamiento de protección de datos establece excepciones a los trasvases en el seno de los grupos de empresas, no en vano el considerando 48 RPD dispone que «los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados» (actuales o futuros).

La respuesta más segura a los interrogantes relacionados con estas transmisiones exige contar con el consentimiento del afectado, siendo esencial evitar posibles vicios en el *placet*.

5. La remisión de información a los representantes de los trabajadores: copia básica

Entre las informaciones de carácter laboral o profesional de los trabajadores que el empresario debe suministrar a los representantes unitarios o sindicales se encuentran «los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa» (art. 64.4 b) ET) y también «la copia básica de los contratos» (art. 64.4 c) ET). El modelo de contrato de

(Cotronic), acusado de haber cobrado 100 euros a un cliente por una actuación que debía ser gratuita. El despido fue declarado improcedente y la empresa optó por indemnizarle y extinguir el vínculo laboral. Tras someterse a varios procesos de selección en el sector de las telecomunicaciones, sin lograr ser contratado, fue entrevistado en la empresa Itete S.A y superó incluso el reconocimiento médico, pero dicha empresa le manifestó que no podía ser reclutado por haber sido incorporado a un fichero calificado trabajador problemático nutrido por las empresas del sector.

⁵⁰ SAN 18 diciembre 2006 (TOL5.327.413).

trabajo ha de procurar información sobre el negocio jurídico celebrado, tipo de vínculo suscrito, indefinido o temporal, y en este último supuesto, su adecuación a la causalidad y duración prevista en la ley (arts. 15 y concordantes ET) y, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, al objeto de su posible control de legalidad por los representantes. Más interesante es centrar la atención – siquiera brevemente – en la facultad ostentada por los representantes unitarios de recibir (y se supone de conservar) “copia básica” de todos los contratos de trabajo celebrados por escrito (con la excepción de los relativos a la relación laboral de alta dirección), así como de sus eventuales prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos (art. 64.2 ET)⁵¹.

Tal entrega no requiere – *ex lege* – consentimiento expreso y específico del trabajador contratante (art. 8.4 ET), pues razones de legalidad (básicamente fundadas en la constatación jurídico-práctica de que el trabajador asume de ordinario la condición de sujeto más débil) llevan a pensar al legislador que la exigencia del consentimiento previo del trabajador supondría, en realidad, un elemento decisivo para la ineffectividad del deber, habida cuenta la incontestable posición de supremacía contractual del empresario⁵². El contenido de este documento puede suscitar importantes problemas de interpretación a los efectos de este estudio, no en vano la revelación de ciertos datos del contrato también podría suponer un atentado a la intimidad del trabajador⁵³. En efecto, el problema jurídico puede surgir cuando colisionan dos derechos constitucionales como son el individual del trabajador contratado a su intimidad personal (art. 18 CE) y el colectivo de los representantes de los trabajadores (fundado en un interés legítimo derivado de las funciones representativas reconocidas por los arts. 129.2 CE, en relación con los arts. 7, 9.2 y 28.1 CE y con las normas dictadas en su desarrollo) a evitar cualquier contratación irregular⁵⁴.

Si la finalidad de la entrega de la copia básica encuentra justificación legal en la verificación de que el contrato cumple con la legalidad vigente para, si apreciada la inadecuación, efectuar las denuncias oportunas tendentes a

⁵¹ *Rectius*, copias básicas, pues al menos una de ellas ha de quedar en poder de los representantes. *Vid.* F. DURÁN LÓPEZ, *Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma*, en *Revista de Trabajo*, 1990, n. 100, 435.

⁵² J.L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992, 463.

⁵³ J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.L. GIL Y GIL, *Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, en *Revista de Trabajo*, 1990, n. 100, 31.

⁵⁴ F. PÉREZ AMORÓS, *Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991*, Bosch, 1993, 82-83.

facilitar la actuación inspectora de la Administración, es lógico pensar que los datos contenidos en la copia básica deben ser únicamente aquéllos que pueden ser objeto de la actuación inspectora⁵⁵, ciñéndose al momento preciso en el cual aquel contrato fue concertado⁵⁶. La exclusión de aquellos aspectos que no se relacionan directamente con el trabajo a realizar no afectará, sin embargo, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, a los extremos referidos a la retribución del trabajador, en la medida en que el conocimiento de este extremo «no permite reconstruir la vida íntima, puesto que aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que solo o en compañía de su familia pueda desarrollar en su tiempo libre»⁵⁷. Es más, el nuevo art. 64.3 ET, introducido por el Real Decreto Ley 6/2019, reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2, en el que deben aparecer los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

6. Trasvase de datos entre futuros empleadores y agentes intermediadores

Adoptando como punto de partida un modelo de colaboración público-privada en el marco del sistema actual de empleo, son heterogéneos los agentes dedicados a ayudar a los trabajadores a encontrar una ocupación y a los empleadores a conseguir la mano de obra que reúna las características adecuadas para desempeñar el puesto vacante⁵⁸, no en vano el art. 7 b) Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), califica como “servicio público y gratuito de empleo” a las atenciones dispensadas por los Servicios Públicos de Empleo, sin perjuicio de que la letra h) admita la

⁵⁵ I. ALBIOL MONTESINOS, *Comités de empresa y Delegados de personal*, Deusto, 1992, 109.

⁵⁶ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La Ley de derechos de información: una ley a medio camino*, en *Relaciones Laborales*, 1991, n. 1.

⁵⁷ STCo 142/1993.

⁵⁸ M.M. ALARCÓN CASTELLANOS, *Agencias privadas de colocación*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, R. AGUILERA IZQUIERDO (dirs.), *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, Civitas, 2009, 158.

participación de otros actores⁵⁹, siempre y cuando presenten una declaración responsable (art. 33 LE) o una autorización administrativa si se trata de empresas de trabajo temporal (art. 2 Ley 14/1994, de 1 de junio (LETI))⁶⁰. Se apuesta, así, por la máxima libertad de acción de la iniciativa mercantil, a cambio de un razonable control de transparencia, de eficacia y de equidad por el Servicio Público⁶¹, pero se olvida, más allá de meras remisiones a la Ley de Protección de Datos, que, en este proceso, tendrá lugar un cuantioso traspaso de referentes personales de los aspirantes a una ocupación, máxime cuando tanto los cometidos inherentes a la colocación como los agentes intervinientes son muy variados y de disímiles aristas, si bien presentan una nota en común, pues actúan como encargados del tratamiento⁶².

Como obligación básica de todos estos agentes, la LE menciona expresamente el deber de «garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal» (art. 33.4 b)). Esta remisión genérica implica no sólo la necesidad de asumir todos los principios y garantías de este sector del ordenamiento jurídico, idea que reitera el art. 34.1.2º LE. Por ende, el sistema tuitivo del *habeas data* deberá operar tanto si el empresario recluta directamente mano de obra, asumiendo la posición de responsable del tratamiento, como si acude a agentes externos, que colaborarán con el primero ostentando el rol de encargados del tratamiento, bien se trate de servicios públicos de empleo o de agencias privadas en sus heterogéneas modalidades, entendiendo exclusivamente justificadas, dentro de las excepciones previstas a las transmisiones de referencias sin consentimiento de los trabajadores, las fundadas en habilitaciones legales⁶³.

⁵⁹ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *La reforma de la intermediación laboral: ¿nuevo modelo de colaboración público-privado o nuevo mercado?*, en C. MOLINA NAVARRETE, S.M. RUESGA BENITO, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *Estrategias de competitividad, mercados de trabajo y reforma laboral 2010: convergencias y divergencias*, CEF, 2010, 174.

⁶⁰ I. ALZAGA RUÍZ, *Intermediación laboral y formación profesional*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 100, 69.

⁶¹ C. MOLINA NAVARRETE, *Público y privado en el mercado del empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo patrimonial de servicios de empleo)*, en S. DE LA CASA QUESADA, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (coords.), *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, Bomarzo, 2011, 23 y 70.

⁶² S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley, 2013, 53 y ss.

⁶³ J.L. GONÍ SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, cit., 132.

En consecuencia, no puede llegarse a una solución genérica a favor o en contra del trasvase no consentido que aglutine todas las situaciones en presencia, sino que es necesario aquilatar la respuesta atendiendo a los caracteres del propio sujeto intermediador y el compromiso que suscriba con el empresario.

6.1. Servicio público de empleo

El instrumento administrativo fundamental diseñado al objeto de poner en contacto a oferentes y demandantes de ocupación es el Sistema Nacional de Empleo (SNE), compuesto por el servicio público de empleo estatal y por los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas, con el encargo de implementar «el conjunto de acciones y medidas necesarias para promover y desarrollar la política de empleo» (art. 2 LE), integrada por la intermediación laboral, las políticas activas y la coordinación entre las políticas activas y pasivas⁶⁴.

Los empresarios, dadores de trabajo, podrán solicitar, si así lo consideran, la mano de obra que precisen a cualquier oficina de empleo, preferentemente la que corresponda al domicilio de la entidad productiva o centro de trabajo principal. A tal fin, deberán indicar las características del puesto, las condiciones de los candidatos, el tipo de contratación y la forma, lugar y fecha de selección de los posibles trabajadores.

Sin embargo, pese a la genérica libertad de encuentro entre ofertas y solicitudes de ocupación, los trabajadores están constreñidos a inscribirse en las oficinas públicas siempre que soliciten prestaciones o subsidios de desempleo y a mantener esta anotación⁶⁵, renovando la demanda en la forma y fecha que se determine y presentándose cuando sean citados. Es más – y *a sensu contrario* –, se considerarán demandantes de empleo aquéllos inscritos en los servicios públicos (art. 41 LE). Es más, la inscripción se realizará con plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y para cumplir el resto de exigencias derivadas del compromiso de actividad, el cual se entenderá suscrito desde la fecha de la solicitud de las prestaciones y subsidios. Este compromiso requiere la búsqueda activa de empleo, definida como el conjunto de acciones encaminadas tanto a la puesta en práctica de estrategias de prosecución de ocupaciones como a la mejora de la empleabilidad con objeto de que la

⁶⁴ F. CAVAS MARTÍNEZ, *El nuevo derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, en *Aranzadi Social*, 2003, n. 5, 2.

⁶⁵ SSTs, Cont-Admtivo, 22 septiembre 2000 (JUR 4425), 30 mayo y 18 diciembre 2006 (RJ 6968 y 2007, 192) y 1 julio 2010 (RJ 5994).

persona demandante de empleo incrementa sus posibilidades de inserción y/o de mejora de su situación en el mercado laboral⁶⁶. En todo caso, la inscripción exige la presentación de la siguiente documentación: documento nacional de identidad, tarjeta de identidad o pasaporte en vigor, si se trata de españoles, miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo; permiso de trabajo/residencia en vigor, si no se trata de comunitarios; justificante de titulación profesional o académica, si poseen alguna; y certificado de discapacidad, en su caso. Están obligados también a comunicar las variaciones que se produzcan en sus datos personales y profesionales y a informar del resultado de las entrevistas de empleo que realicen, en caso de haber sido enviados por el servicio público. Son muchos, pues, los datos disponibles.

6.1.1. Portal único de empleo

El acceso de las personas desempleadas a los servicios públicos de empleo se efectuará mediante la referida inscripción y la recogida de datos en una entrevista inicial que conllevará una valoración de sus necesidades en aras a su inserción laboral. Así, y en colaboración con las personas desempleadas, se determinará, si procede, el comienzo de un itinerario individual y personalizado de empleo en función del perfil profesional, competencias, necesidades y expectativas de la persona, junto a la situación del mercado de trabajo y a criterios vinculados con la percepción de prestaciones, la pertenencia a colectivos definidos como prioritarios y aquellos que se determinen en el marco del Sistema Nacional de Empleo (art. 28 LE).

Precisamente el SNE contará, a estos efectos, con una herramienta de información, dotada de una estructura informática integrada y compatible capaz de garantizar que se lleven a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral, sin barreras territoriales; el registro de las personas demandantes de empleo; la trazabilidad de las actuaciones seguidas por estas en su relación con los servicios públicos de empleo; las estadísticas comunes; la comunicación del contenido de los contratos; el conocimiento de la información resultante y el seguimiento, entre otros ámbitos, de la gestión de la formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, la orientación profesional, las iniciativas de empleo y las

⁶⁶ La búsqueda activa de empleo se acreditará por el beneficiario de la prestación o subsidio por desempleo ante el servicio público de empleo competente, que deberá conservar la justificación documental aportada para su posterior fiscalización y seguimiento. Por extenso, L. MELLA MÉNDEZ, *El compromiso de actividad*, CEF, 2005.

bonificaciones a la contratación, así como las actuaciones de las agencias de colocación (art. 12 LE)⁶⁷. Se ha establecido, por ende, el punto de acceso electrónico como una prolongación de la oficina administrativa tradicional, agrupando en un mismo dominio un conjunto de enlaces capaces de remitir la información a las distintas sedes electrónicas en las que se deben tramitar los respectivos procedimientos⁶⁸, actuando, al tiempo, como mecanismo conciliador de la realidad competencial dispersa en materia de empleo, tanto desde la perspectiva territorial (servicio público de empleo estatal y servicios autonómicos) como desde la funcional (agentes públicos y privados).

Aprovechando las facilidades que ofrece la informática, se ha diseñado un sitio común en una red telemática que posibilita el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas y demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio nacional, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo. Está llamado, pues, a garantizar la intermediación laboral y la libre circulación de los trabajadores, facilitando la transparencia del mercado de trabajo y la movilidad geográfica a través de una doble línea de actuación que permita: de un lado, el conocimiento por parte de los demandantes de empleo de las oportunidades de trabajo en todo el Estado y en Europa con independencia del lugar de residencia; de otro, el discernimiento por parte de los empleadores de las posibilidades de cubrir puestos de trabajo vacantes con demandantes de empleo disponibles y siendo indiferente el emplazamiento de su domicilio⁶⁹.

Como suelo irreductible, dentro del marco de esta general transparencia, el art. 13.2 LE exige el respeto de la normativa de protección de datos en el funcionamiento del portal único de empleo.

⁶⁷ S. DE LA CASA QUESADA, M.R. VALLECILLO GÁMEZ, C. MOLINA NAVARRETE, *Empleo a tiempo parcial y temporal, reciclaje profesional e itinerarios personalizados de empleo: ¿modernizarse haciendo siempre lo mismo? Comentario a los Reales Decretos Leyes 1/2011 y 3/2011*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2011, n. 336, 171.

⁶⁸ Z. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Administración electrónica y Directiva de servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración?*, en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas*, Civitas, 2009, 208 ss.

⁶⁹ M. RAMOS QUINTANA, *Art. 8. Principios de organización y funcionamiento*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (dirs.), *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Comares, 2011, 212.

6.1.2. Comunicación de la celebración de contratos

El 8.3 ET impone a los dadores de ocupación la obligación de poner en conocimiento de la oficina pública de empleo el contenido de los contratos que celebren o las prórrogas de los mismos, sin importar si deben o no celebrarse por escrito. La presente regulación es fruto de una significativa reforma producida por el art. 32 Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que sustituyó el deber de registro por el menos riguroso de comunicación en aras a modernizar el funcionamiento de los servicios públicos de empleo y acercarlos al ciudadano a través de una simplificación de los trámites administrativos⁷⁰. Los extremos a incluir en la notificación quedarán referidos a las siguientes circunstancias:

- a) identificación del trabajador y de la empresa;
- b) requisitos específicos de cada modalidad contractual, de las transformaciones o conversiones de los contratos temporales en indefinidos, de los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos y de los pactos de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial;
- c) datos de las certificaciones expedidas por la Administración Pública o entidad encargada de gestionar la formación de trabajadores sustituidos por desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo, así como todos aquéllos relativos a las comunicaciones que legal o reglamentariamente se establezcan según lo dispuesto en su respectiva normativa reguladora (art. 3 Real Decreto 1424/2002, de 27 de diciembre).

Cabe deducir, por tanto, que no han de hacer referencia a ninguna circunstancia de carácter sensible, que pudiera poner en entredicho el derecho a la intimidad del trabajador⁷¹.

Por lo demás, el art. 8.3 ET establece un plazo de diez días para cumplir el trámite de comunicación del contrato, contados a partir del día de celebración del mismo, especificando el art. 1 Real Decreto 1424/2002 que se refiere a días hábiles, algo esperable dado que se trata de un plazo administrativo sometido a las reglas del procedimiento administrativo común⁷².

Pese a que la intención del legislador, máxime tras la publicación de la Ley

⁷⁰ B. SUÁREZ CORUJO, *Art. 16*, en L.E. DE LA VILLA GIL (dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, 2010, 375.

⁷¹ AA.VV., *Los servicios públicos de empleo*, en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Mergablum, 2005, 166.

⁷² B. SUÁREZ CORUJO, *op. cit.*, 376.

11/2007, de 23 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (hoy incorporada a las Leyes 39/2015 y 40/2015), es la de potenciar la posibilidad de remisión del vínculo contractual vía telemática⁷³, lo cierto es que sigue siendo posible dar cumplimiento a esta obligación mediante la presentación *in situ*, en la oficina pública, de una copia del contrato o de sus prórrogas o de un ejemplar escrito, que, por supuesto, ha de incluir todos los contenidos básicos obligatorios anteriormente mencionados para su posterior incorporación a un registro electrónico (art. 2 Real Decreto 1424/2002). En caso de optar por la modalidad de remisión automatizada de la información, no cabe duda que va a ser eliminado el riesgo de acceso por personas no autorizadas, pues sólo se reconocen derechos de información a los trabajadores (art. 5.1 Real Decreto 1424/2002)⁷⁴ y sus representantes a través de los órganos de participación institucional de los mismos en los Servicios Públicos de Empleo, quedando obligada la Administración, además, a respetar las pautas de seguridad y custodia de tales registros⁷⁵.

6.2. Agencias privadas de colocación

El art. 33 LE prevé una definición de las agencias de colocación (incluidas las empresas de trabajo temporal que también pueden actuar en tal sentido) que insiste en su posible naturaleza pública o privada (aspecto que no comporta ninguna innovación), aumenta las actividades que pueden desarrollar (junto a las tradicionales funciones de colocación, se adicionan las de selección de trabajadores, formación, puesta en contacto entre la oferta y la demanda de trabajo y recolocación), alude a las modalidades de ejecución de dichas actividades (como colaboradoras de los Servicios Públicos de Empleo o de forma autónoma pero coordinada con los mismos) y recoge expresamente la oportunidad de que éstas tengan ánimo de lucro. Normalmente, información, formación, orientación, selección y reclutamiento, son eslabones de una misma cadena que, convenientemente ordenados, conducen a incrementar la empleabilidad del trabajador y, por tanto, a mejorar sus expectativas de empleo, de ahí que se atribuyan, de manera conjunta, al agente de la

⁷³ F.A. GARCÍA MARCO, *Administración electrónica: el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, en F. GALINDO, A.J. ROVER (eds.), *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009, 167 ss.

⁷⁴ B. SUÁREZ CORUJO, *op. cit.*, 376.

⁷⁵ J. VALERO TORRIJOS, *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, 2007, 6 ss.

intermediación, sea público o sea privado⁷⁶, convirtiéndolo en un auténtico buscador de empleo (*job seeker*)⁷⁷.

Por tanto, aun siendo la actividad definidora y, por lo mismo, la principal y esencial, la de proporcionar a las personas trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los efectivos más apropiados a sus requerimientos, las agencias de colocación pueden desempeñar otros cometidos adicionales, que el último inciso del pasaje legal mentado se encarga de identificar de acuerdo con una doble técnica: la genérica y la ejemplificativa. Por aplicación de la primera, estas agencias también «pueden desarrollar, al calor de este precepto, actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo», entre las cuales se mencionan, utilizando ahora la segunda, la orientación y formación profesional, la selección de personal y la recolocación⁷⁸. Son éstas las actuaciones que podrán o no desarrollar, pero que, de decidir en sentido afirmativo, permitirán a las agencias de colocación dedicarse a todos los quehaceres previos dirigidos a conseguir la colocación efectiva, concluyendo lógicamente su intervención en ella⁷⁹.

Las agencias privadas de colocación, de recolocación y las empresas de trabajo temporal cuando actúan como agencias de empleo, aparecen caracterizadas, al margen de sus diferencias, por manejar grandes cantidades de información en su misión de intermediación entre trabajador y empresario, las cuales van a ser registradas en ficheros de datos; dichas referencias (facilitadas normalmente por los propios demandantes de ocupación) serán frecuentemente utilizadas legítimamente en aras a valorar la aptitud profesional de los candidatos en el intento por encontrar al óptimo, de entre los distintos posibles, para ocupar un determinado puesto de trabajo, comunicando dichos datos a terceros (esto es, empresarios oferentes de empleo).

Este tránsito, amparado por el ordenamiento, exige para que sea legal el

⁷⁶ J.I. GARCÍA NINET, J.L. SALIDO BANÚS, *Intermediación laboral y agencias de colocación y recolocación privadas. Comentario al Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 24, 19.

⁷⁷ C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, 41; M.J. RODRÍGUEZ CRESPO, *Los mecanismos de intermediación laboral tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 10/2010. En Especial, la aparición de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro*, en *Información Laboral*, 2010, n. 14, 20; S. DEL REY GUANTER, *op. cit.*; M.B. CARDONA RUBERT, *Las agencias de colocación en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2010, 293.

⁷⁸ F. VALDÉS DAL-RE, *La reforma de la intermediación laboral*, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 2.

⁷⁹ M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, 295.

respeto de la normativa de protección de datos con todo su entramado garantista (art. 33.4 b)), pudiendo detener la atención en algunos aspectos especialmente problemáticos, pues no es necesaria la concurrencia del consentimiento explícito: la recogida inicial de información por parte del sujeto intermediario va a requerir la debida información sobre la existencia del fichero, su finalidad y destinatarios y sobre la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, sin que puedan incorporarse asientos distintos a los necesarios para valorar la aptitud laboral de los candidatos, porque entonces serían excesivos e impertinentes (cuestión esta de especial relevancia, como consta, en un momento en el que la debilidad de quien busca un empleo puede llevarle a estar a disposición de revelar cuantos extremos le sean requeridos) y sin que puedan ser conservados por más tiempo del imprescindible. Pueden ocurrir dos alternativas no por conocidas menos dignas de reiteración: o bien el trabajador es contratado, razón por la cual, cumplida la finalidad de la intermediación, debería procederse a la cancelación de los datos; o bien, pasado un tiempo considerable, el trabajador continuara sin encontrar empleo, motivo por el cual podría justificarse entender caducadas las referencias, si la agencia privada de colocación no procediera a su renovación solicitando los datos pertinentes y actualizados a los interesados⁸⁰. Cosa distinta es que, en la mayoría de los supuestos, no se actúe siguiendo estas pautas en claro perjuicio de los demandantes de ocupación⁸¹.

Como manifestación señera de la relación entre las políticas activas y pasivas de empleo, si las agencias privadas fueran colaboradoras del Servicio Público de Empleo, el convenio de colaboración suscrito «deberá regular los mecanismos de comunicación por parte de éstas (al organismo público) de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo» sin que tampoco sea necesario el consentimiento del afectado (33.5 LE).

El Real Decreto 1671/2009 prevé también la utilización del espacio telemático común anteriormente analizado al objeto de integrar el conjunto de la información proporcionada por el SPEE y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas respecto a las agencias de colocación autorizadas. Dicho emplazamiento permitirá: comunicar electrónicamente las declaraciones responsables para funcionar como agencia, acceder a la relación actualizada de agencias de colocación

⁸⁰ M.B. CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, 1999, 258.

⁸¹ B. GARCÍA GIL, *Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, 2010, 119.

autorizadas, realizar el suministro de información por parte de dichas agencias a los servicios públicos, cumplimentar su memoria anual de actuaciones, y aportar la información resultante de la gestión realizada por aquellas agencias que tengan suscrito un convenio de colaboración con el servicio público de empleo (art. 6).

Se trata, pues, de diseñar una especie de historial de empleo único de fácil acceso, estando a la vista de cada empleador y de cada demandante de ocupación⁸².

6.3. Empresas de trabajo temporal

Ninguna duda cabe sobre la posibilidad de que las empresas de trabajo temporal actúen como agentes de empleo quedando sometidas a las reglas anteriores (art. 33.6 LE), pero ello no debe hacer olvidar que el objetivo principal de estas corporaciones sigue siendo proporcionar con carácter temporal trabajadores por ellas contratados a las empresas usuarias (art. 1 Ley 14/1994). Es legítima y está amparada por el propio tenor legal la cesión de datos de los trabajadores inmersos en este tránsito, pues, aun existiendo una verdadera vinculación contractual laboral entre trabajador y empresario temporal, ésta presenta la importante peculiaridad de que necesariamente requiere, para el cumplimiento de los fines legítimos de todas las partes de esta particular “relación triangular”⁸³, la cesión de los datos del trabajador a un tercero – la empresa usuaria donde va a dispensar servicios –, quedando tal transmisión amparada, en tanto no desborde los límites de lo debido por razón del desarrollo de la prestación laboral – pues también estas entidades han de someterse a la normativa de protección de datos aunque la LETT guarde silencio al respecto⁸⁴ –, por la excepción al consentimiento de la portabilidad derivada del desarrollo de una imbricación jurídica que implica necesariamente la conexión con ficheros de terceros, no en vano la empresa cliente es la que tiene competencias para dirigir y organizar la actividad profesional del trabajador cedido⁸⁵.

La propia LETT regula los contornos de todo el posible trasvase de datos, a saber:

1) si el empresario cliente decide utilizar los servicios de una ETT para

⁸² M. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*, 212.

⁸³ Por todos, F. VALDÉS DAL-RE, *Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 1.

⁸⁴ L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*

⁸⁵ M.B. CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, cit., 264 ss.

- conseguir aquellos efectivos que temporalmente necesite, debe suscribir un contrato de puesta a disposición⁸⁶, cuyo contenido se limitará a unos concretos extremos⁸⁷;
- 2) el contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá una serie particularizada de noticias⁸⁸;
 - 3) la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, dentro de los diez días siguientes a la celebración; en el mismo plazo deberá entregarles una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador puesto a disposición, que le deberá haber facilitado la empresa de trabajo temporal (art. 9)⁸⁹
 - 4) la empresa de trabajo temporal, para poder funcionar como tal, necesita contar con autorización administrativa, debiendo formular solicitud al efecto en la que debe hacer constar una serie de aspectos tasados⁹⁰;

⁸⁶ B. GARCÍA GIL, *op. cit.*, 186.

⁸⁷ a) Datos identificativos de la empresa de trabajo temporal, haciendo constar el número de autorización, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social; b) datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social; c) supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica; d) contenido de la prestación laboral y cualificación requerida; e) la establecida en el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal; f) servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria; g) duración prevista del contrato; h) lugar y horario de trabajo; i) precio convenido; j) retribución total; k) convenio colectivo de aplicación en la empresa usuaria. *Vid.* M.N. MORENO VIDA, Contratos temporales y empresas de trabajo temporal, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, 2010, 141.

⁸⁸ a) Identificación de las partes contratantes, haciendo constar en el caso de la empresa de trabajo temporal el número de autorización administrativa, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social; b) identificación de la empresa usuaria, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social; c) causa del contrato de puesta a disposición; d) contenido de la prestación laboral; e) información sobre riesgos profesionales; f) duración prevista del contrato de trabajo; g) lugar y horario de trabajo; h) remuneración convenida; i) convenio colectivo aplicable en la empresa de trabajo temporal y en la empresa usuaria. *Vid.* F. CAVAS MARTÍNEZ, *El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada*, en AA.VV., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ponencias*, Laborum, 2007, 307.

⁸⁹ F. CAVAS MARTÍNEZ, *El convenio núm. 81 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación*, en *Aranzadi Social*, 2000, n. 5, 106.

⁹⁰ a) Identificación completa del solicitante; b) denominación de la empresa, en la que se

- 5) deberá remitir a la autoridad laboral que haya concedido la autorización administrativa una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados, así como los datos relativos a la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior (art. 5 LETT)⁹¹;
- 6) igualmente están obligadas a comunicar a la autoridad laboral, dentro de los quince días siguientes a su producción o, en su caso, a la notificación de su inscripción en el correspondiente Registro Mercantil o Registro de Cooperativas, una serie de actos⁹²;
- 7) en fin, la LETT prevé la existencia de un registro de empresas de esta naturaleza, en el que se inscribirán las empresas autorizadas, haciendo constar una serie de extremos⁹³.

Modalidad especial, a su vez, dentro de estas empresas es el denominado “*interim management*”, práctica próxima, pero distinta frente al trabajo temporal tradicional, consecuencia de la puesta a disposición de un directivo durante un plazo determinado. No hay que olvidar tampoco que la duración de la prestación de servicios suele ser mayor a la usual en los préstamos de personal por las ETTs, con el objetivo claro de desarrollar un proyecto específico o un plan de reconversión o reflote. El problema que afronta esta actividad es el de la estrechez de los cauces fijados por el art. 43 ET para la cesión legítima de trabajadores, pues ésta no sólo acaece cuando se efectúa a través de una ETT debidamente autorizada, lo que no sucede en el caso de las agencias de “*interim management*”, las cuales no se constituyen como verdaderas ETTs ni se someten a sus estrictos

deberá incluir necesariamente los términos “empresa de trabajo temporal” o su abreviatura “ETT”; c) domicilio social de la empresa y domicilio de los centros de trabajo; d) número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social (art. 4 Real Decreto 417/2015).

⁹¹ F.J. CALVO GALLEGO, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 107, 315.

⁹² a) Los cambios de titularidad y de domicilio social de la empresa; b) el cambio de las personas que ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, indicando sus datos identificativos; c) la apertura de nuevos centros de trabajo; d) el cierre de centros de trabajo; e) el cese en la actividad como empresa de trabajo temporal (art. 19.2 Real Decreto 417/2015).

⁹³ Relativos a la identificación de la empresa, nombre de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, domicilio y número de autorización administrativa, así como si la empresa de trabajo temporal actúa también como agencia de colocación. *Vid.* J. CABEZA PEREIRO, *Intermediación y otros actores de las políticas de empleo*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, *La Estrategia Europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, 185.

controles. Es más, si lo hicieran les resultaría muy difícil cumplir con lo previsto en la Ley 14/1994, puesto que esta disposición legal parte de puestas a disposición de trabajadores de corta duración, mientras que – como ya consta – en la actividad aquí analizada las operaciones se producen en un plazo mucho mayor⁹⁴. De ahí que resulte necesario ampliar, todavía más, el ámbito de actuación en el cual pueden moverse las ETIs para dar cobertura a las necesidades reales de mano de obra de las empresas, que pueden ser muy variadas, pero que, en todo caso, deberían verse compelidas al cumplimiento de la normativa de protección de datos y a la observancia de los requisitos necesarios para funcionar como agencias privadas.

6.4. Plataformas virtuales

Una de las actividades que más han proliferado en los últimos años es la informatización de ofertas y demandas de empleo a través de las nuevas tecnologías, surgiendo a este fin todo tipo de “agencias virtuales” o “webs de empleo” responsables de ingentes bases de datos de difícil control, dada la creciente confianza de los empresarios en tales instrumentos como método de captación de empleados debido al significativo ahorro de costes que supone⁹⁵.

No cabe duda que la búsqueda *on line* de empleo al margen de los cauces institucionales tradicionales está dando lugar a la proliferación incontrolada de bolsas de trabajo que circulan por la red, funcionando en la realidad como una auténtica “comunidad virtual”⁹⁶. Estos portales de empleo (bancos informáticos sobre ofertas y demandas) se encuentran en el límite entre la publicación de ofertas de trabajo existentes y trabajadores disponibles, lícitas al amparo de la libertad de empresa, y la colocación ilícita (en la medida en que no se ajustan a ninguna de las medidas de mediación autorizada), presentando un grave problema jurídico cuya solución podría encontrar un principio de respuesta en la diferencia que doctrina y jurisprudencia francesa han establecido entre publicidad de empleo en periódicos y «*feuilles d’offers ou de demandes d’emploi*», considerando las primeras válidas y las segundas inadmisibles si no funcionan como agencias privadas, por carecer – estas últimas – de una función

⁹⁴ F. CAVAS MARTÍNEZ, *El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada*, cit., 307.

⁹⁵ J.A. ALUJAS RUÍZ, *La intermediación laboral a nivel autonómico: Servicios Públicos de Empleo versus empresas de trabajo temporal*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 113, 125.

⁹⁶ M. CASTELLS, *La era de la información. Vol. I. La sociedad red*, Alianza, 2001, 249.

estrictamente informativa y de la necesaria garantía de gratuidad para quien desee acceder al beneficio en ellas ofrecido⁹⁷.

La calificación de estos bancos de datos o agencias virtuales como instrumentos de intermediación va a depender de cuáles sean sus criterios de actuación. Si se limitan a registrar y dar publicidad a las ofertas y demandas de empleo que los propios usuarios inscriben en la correspondiente página web, siendo éstos los que entran en contacto directamente, no puede hablarse de intermediación propiamente dicha y, por tanto, no plantean problemas de legalidad⁹⁸. En cambio, cuando quien gestiona la base de datos es quien entra a examinar la idoneidad entre ofertas y demandas utilizando, muchas veces, algoritmos o fórmulas matemáticas y, además, realiza la función de ponerlas en contacto, sí puede hablarse de intermediación⁹⁹, debiendo cumplirse los requisitos que para las agencias de colocación prevé el Real Decreto 1796/2010, y, en caso contrario, considerarse disconformes con la normativa vigente. La ausencia de límites territoriales en la utilización de plataformas virtuales no significa que no hayan de someterse al ordenamiento jurídico interno del país donde, regularmente o no, realicen su actividad¹⁰⁰.

Llegar a esta conclusión exige, sin embargo, una reflexión más detenida. La difusión telemática de ofertas y demandas de empleo a través de una página en una pantalla y con un fácil acceso desde la red puede quedarse en una simple consulta de una guía, ajustada, por tanto, a la función de la prensa tradicional; pero, en la mayor parte de los casos, posibilitará también la selección de ofertas y demandas en virtud de una batería de criterios que un diálogo aparentemente interactivo (de mensajes con respuestas que pueden quedar registradas en buzones de voz) aleja claramente de la simple publicación y acerca de forma contundente a la colocación¹⁰¹, todo ello con el riesgo de desconocer, en la mayor parte de los supuestos, los procedimientos digitalizados de selección interna al objeto de poner en relación a los interesados, el criterio seguido para

⁹⁷ R. TASCÓN LÓPEZ, *La protección de datos personales de los trabajadores*, cit., 449.

⁹⁸ Tal es lo que sucede con la “Red Trabajar” S.L., que, incluso, ha llegado a plantear demanda contra el Servicio Público de Empleo Estatal por la utilización del distintivo “Red Trabaja”. *Vid.* S Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Alicante 23 febrero 2012 (rec. 445/2010).

⁹⁹ F. CAVAS MARTÍNEZ, *El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada*, cit., 305.

¹⁰⁰ M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. HERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017, 313.

¹⁰¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, 2009, 9 ss.

elaborar perfiles, la disponibilidad o utilización de los datos resultantes del diálogo, la extremada rapidez en la comunicación y difusión de los datos o la ausencia de garantías sobre las fechas de emisión. Todas estas circunstancias aproximan esta figura a la mediación, dado el papel activo adoptado por quien presta el servicio, pero sin existir un responsable-director de la publicación que haga frente a las consecuencias adversas en su caso denunciadas, las formas muy diferentes y poco seguras de cuantificación económica de los sistemas telemáticos (muy distantes de los anuncios periódicos en los cuales el coste marginal para el lector en términos monetarios es inapreciable), sin mostrar garantía alguna de posibles discriminaciones...; en fin, y por si todo esto fuera poco, sin contar con las exigencias de la normativa vigente a las agencias privadas de colocación, pese a disponer de verdaderos documentos volantes de aspirantes a los puestos de trabajo ofertados¹⁰².

Una variedad de estos portales que simplifica de forma considerable cualquier búsqueda relacionada con ofertas o demandas de trabajo son los denominados “metadatos”. Se trata de unas aplicaciones que se encargan de marcar las mejores combinaciones en función de las preferencias manifestadas por los usuarios, que se van ampliando en progresión geométrica con los contactos que sus miembros hacen o con los que el sistema genera automáticamente. Son, por tanto, redes de carácter profesional en las que los interesados pueden conectar e interactuar entre ellos, pero en muchos casos la propia red aplica unos filtros de afinidades¹⁰³, funcionando por tanto como verdadera agencia de colocación.

Se ha podido comprobar, además, el sistemático incumplimiento de la normativa de protección de datos por tales portales de empleo, conclusión que se deduce de un informe llevado a cabo por la propia Agencia de Protección de Datos, que pone de manifiesto esta perniciosa realidad¹⁰⁴, constatada en la ausencia de confidencialidad de los datos personales, en el desvío de finalidad en el uso de los ficheros registrados al destinarse en algunos casos a la promoción comercial de productos, en la falta de información explícita a los interesados acerca del tiempo que un determinado empleador dispondrá de tales extremos, en la no cancelación de los mismos una vez que exprese el demandante de empleo tal voluntad, en el almacenamiento *sine die* de las contraseñas de acceso de los usuarios inscritos en el portal, o – por no seguir – en la ausencia de identificación

¹⁰² B. WALLON, *Télématique et offers d'emploi*, en *Droit Social*, 1989, n. 6, 489-492.

¹⁰³ M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *op. cit.*, 318.

¹⁰⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Selección de personal a través de Internet. Plan de Inspección de Oficio. Informe de conclusiones y recomendaciones*, 17 noviembre 2005.

personal en la web del responsable del tratamiento o del fichero¹⁰⁵. En definitiva, no puede sino valorarse de forma positiva la inclusión, en el art. 3 Real Decreto 1796/2010, de la necesidad de presentar declaración responsable al Servicio Público de Empleo Estatal por parte de «las entidades que casen ofertas y demandas de trabajo utilizando exclusivamente medios electrónicos». La propia LE, en su art. 31, define la intermediación como «el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación». Sería conveniente, no obstante, que se ampliara tal concepto exigiendo también la necesidad de presentar declaración responsable no sólo a las entidades que enlacen ofertas y demandas de trabajo, sino a todos los sitios de Internet que realizan actividades relacionadas con la colocación de los trabajadores, entendida ésta en sentido amplio¹⁰⁶. Se podría poner coto, así, a las denominadas “subastas de empleo” que operan vía web, consistentes en la puja por parte de los interesados en conseguir un puesto de trabajo venciendo quien se ofrece a cobrar el salario más bajo del establecido por el oferente¹⁰⁷.

6.5. Gabinetes de selección

Muy habitual es que el empresario encomiende la elección de candidatos a un gabinete de selección, que se ocupa de la individualización, de entre un colectivo de posibles trabajadores, del más adecuado a las exigencias de un puesto de trabajo vacante. Efectúan, por tanto, una labor de apoyo a las empresas en la contratación laboral, limitándose a valorar las capacidades de los candidatos, en aras a identificar los más idóneos. Su función es informar a las corporaciones que ofertan un puesto de trabajo sobre las aptitudes y características de los candidatos que se postulan para la cobertura de la vacante. Su misión, propiamente, consiste en presentar al empresario que ha concertado su intervención aquellos trabajadores que mejor se adaptan a las condiciones buscadas, razón por la cual no realizan una auténtica labor de mediación entre la oferta y la demanda, pero sí

¹⁰⁵ C. SERRANO FALCÓN, *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, 2009, 252.

¹⁰⁶ F. PÉREZ DOMÍNGUEZ, *Servicios privados de empleo: razones para una reforma*, en *Documentación Laboral*, 2007, n. 79, 112.

¹⁰⁷ C. SERRANO FALCÓN, *Servicios públicos de empleo y agencias de colocación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ (dirs.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, 2011, 409.

proporcionan a sus clientes servicios de búsqueda activa de sujetos cualificados para las plazas a cubrir¹⁰⁸, quedando sujetos a la normativa reguladora de las agencias privadas y al ordenamiento de protección de datos. En algún supuesto, podrían llegar a contratar al trabajador seleccionado si tienen la representación legal del cliente para ello¹⁰⁹.

Normalmente, los gabinetes aquí analizados proponen personal para cubrir puestos intermedios y directivos de sectores muy diversos, tanto en la empresa privada como en la Administración Pública¹¹⁰. Tal encomienda se inicia siempre mediante una petición formal y escrita por parte del cliente solicitando sus servicios e identificando la plaza o puestos a cubrir. Seguidamente, la empresa de selección envía una oferta de colaboración, explicando los trámites a seguir en función de la vacante de que se trate, para posteriormente formalizar un contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas¹¹¹. Tras la búsqueda de candidatos, se realiza un filtraje de méritos, pasando después a efectuar las pruebas profesionales correspondientes (entrevistas, test de aptitudes, cuestionarios de personalidad laboral, perspectivas de motivación...) y los reconocimientos médicos precisos para comprobar la idoneidad física y psíquica de la persona y su estado general de salud, con el fin último de redactar el informe de preselección de los candidatos que mejor se ajusten a las necesidades de la empresa cliente. Pero no termina aquí la intervención de la empresa de selección, pues va a realizar también un seguimiento del trabajador contratado durante el tiempo pactado – que no siempre coincide con el período de prueba –, comprometiéndose a enviar a otro sujeto distinto en el caso de que el incorporado no cumpla objetivamente los requisitos especificados en la definición del puesto, o cuando su rendimiento no se ajuste a la dimensión de la plaza o la abandone por motivos carentes de justificación objetiva¹¹².

Como tipología especial dentro de las empresas de selección, cabe mencionar a las denominadas “*executive search*” o “*head hunting*”, “cazatalentos” en la terminología española. Se trata de entidades altamente

¹⁰⁸ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La reforma de la intermediación laboral en España*, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5, 523.

¹⁰⁹ A.L. DEL VAL TENA, *La intermediación en el empleo: un aspecto de la reforma del mercado de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996, 208.

¹¹⁰ E. CLAVER CORTÉS, J.L. GASCÓ GASCÓ, J. LLOPIS TAVERNER, *Los recursos humanos en la empresa. Un enfoque directivo*, Civitas, 1995, 131.

¹¹¹ J.M. AGUIRRE DE MESA, M.P. ANDRÉS REINA, J.R. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D. TOS ZAMORA, *Dirección y gestión de personal*, Pirámide, 2000, 196.

¹¹² C. SERRANO FALCÓN, *Más allá de los recursos humanos. La regulación jurídica de las empresas de selección de personal*, en *Documentación Laboral*, 2008, n. 84, 111.

especializadas, que operan exclusivamente con directivos de la más alta cualificación o con trabajadores de una gran especialización técnica. En realidad, como ya pusiera de manifiesto la OIT en el Informe elaborado por la 81ª reunión de la Conferencia con vistas a la revisión del Convenio núm. 96, estas empresas se ocupan de la búsqueda y captación de ejecutivos de alto nivel; de ahí que su problemática sea común a la de las empresas de selección ordinaria, agravada si cabe porque estas empresas “cazatalentos” se dedican más al reclutamiento de dichos trabajadores que a su selección dada la escasez de posibles aspirantes¹¹³.

Operan por iniciativa de aquellas empresas que necesitan una persona con unas características muy definidas, e inician, atendiendo a ello, la búsqueda del sujeto más capacitado posible atendiendo al perfil de la convocatoria. Su característica más destacada radica en que su actividad no se limita a actuar en el colectivo de los trabajadores demandantes de empleo, sino que van a entrar en contacto también con trabajadores en activo de contrastada experiencia, ofreciéndoles la oportunidad de cambiar de empleo para cubrir una determinada vacante que puede resultar más interesante¹¹⁴. Consiguientemente, no relacionan siempre demandantes con oferentes, sino también trabajadores con empresas¹¹⁵. Ahora bien, esta conclusión debe ser objeto de una matización, pues entre los métodos empleados por las empresas de “*head hunting*” figura el de la inserción de anuncios en prensa o en otros medios publicitarios, lo cual implica que también dirigen su actividad hacia verdaderos demandantes de empleo. La búsqueda de un tercero, por muy cualificado que sea, con el que celebrar un contrato convierte la actuación de las mismas, una vez más, en reales intermediarios en el proceso de colocación¹¹⁶. Ello no impide, sin embargo, que deban cumplir igualmente, de un lado, con las previsiones de la LE (no en vano el art. 33 considera a la actividad de selección como propia de las agencias de colocación) y, de otro, con la normativa de protección de datos.

Por otra parte, si los datos no fueran aportados por el interesado sino proporcionados por terceros o recabados de fuentes accesibles a través de internet, lo cual sucederá singularmente cuando de *head hunters* se trata, es

¹¹³ M. PORRET GELABERT, *El “headhunting” para la selección de ejecutivos*, en *Relaciones Laborales*, 1999, n. 2, 1255 ss.

¹¹⁴ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *op. cit.*, 234.

¹¹⁵ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, A. VALDÉS ALONSO, *Otras actividades en el mercado de trabajo*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir.), *Lecciones de Derecho del Empleo*, Tecnos, 2006, 159.

¹¹⁶ J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, *La intermediación en el mercado de trabajo*, Mergablum, 2003, 84.

necesario contar con el consentimiento del afectado, previa información completa de todos los detalles relacionados con el tratamiento, que se ha de limitar a extremos estrictamente profesionales.

6.6. *Outplacement*

En los últimos años, y como consecuencia de la fuerte crisis económica, se han incrementado en nuestro país, de forma muy preocupante, los procesos de reorganizaciones empresariales y de cierre de empresas, cuya consecuencia directa o indirecta ha sido, en la mayoría de los casos, una reducción total o parcial de las plantillas a través de sucesivas extinciones contractuales. Ante tal realidad, deviene imprescindible diseñar mecanismos capaces de permitir permanecer en activo a estos trabajadores tras ser despedidos por su empresa¹¹⁷. A tal fin, el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los despidos colectivos, exige el diseño de un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por un despido colectivo en aquellas empresas que den ocupación a más de cincuenta trabajadores (art. 9), al tiempo que prevé, entre las medidas sociales de acompañamiento destinadas a atenuar las consecuencias de los despidos en los trabajadores afectados, la recolocación externa a través de las empresas de *ouplacement* (art. 8)¹¹⁸.

Habida cuenta que las agencias de recolocación proporcionan a los trabajadores despedidos el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para lograr la transición en su carrera, consiguiendo un nuevo trabajo en otra empresa lo más adecuado posible a su perfil y preferencias y en el menor plazo posible¹¹⁹, la admisión en nuestro ordenamiento de las agencias privadas con ánimo de lucro vino acompañada, como consecuencia lógica, del reconocimiento legal expreso de las empresas de recolocación como agencias “especializadas” de colocación, máxime cuando las ventajas adicionales que su intervención conlleva no pueden ser minusvaloradas: no sólo el ahorro en el pago de prestaciones y subsidios por desempleo, sino también, en el caso de trabajadores maduros, la disminución del gasto en pensiones por jubilación anticipada,

¹¹⁷ M.T. SÁENZ, *Outplacement: una renovación para el futuro consolida el presente*, en *Capital Humano*, 2000, n. 133, 28 ss.

¹¹⁸ G.M. SOBRINO GONZÁLEZ, *Las empresas de outplacement y la intermediación laboral*, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 1, 280.

¹¹⁹ M.Á. SASTRE CASTILLO, *Outplacement. Una aproximación a su realidad teórica*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1995, n. 6, 187.

así como el mayor ingreso de cotizaciones a la Seguridad Social¹²⁰, quedando sometidas al régimen jurídico establecido en el Real Decreto 1796/2010 para las agencias de colocación, sin más especificación que una meramente documental, pues en la memoria de actividades a desarrollar, se ha de incorporar «su especialización como empresa de recolocación» (art. 9.3)¹²¹.

7. Conclusión

Tan sólo una adecuada valoración de los intereses en juego y la aplicación de las reglas de la buena fe, sobre todo en los estadios precontractuales, podrá evitar una ilícita circulación de datos personales automatizados entre los distintos sujetos intervinientes en un proceso de colocación, que tan gravemente podría afectar al futuro profesional del trabajador, cuando no servir para hacer “pública” una información perteneciente a su vida privada, a su esfera íntima. Los principios y garantías de la Ley de Protección de Datos deben de ser observados tanto por los futuros empresarios como por todos los agentes, definidos o no en la LE, esto es, formales e informales, que realmente intermedian en el proceso de reclutamiento de efectivos.

8. Bibliografía

- AA.VV., *Los servicios públicos de empleo*, en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Mergablum, 2005
- ACED E., HERAS M.R., SÁIZ C.A. (coords.), *Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos big data*, Agencia Española de Protección de Datos, 2017
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Selección de personal a través de Internet. Plan de Inspección de Oficio. Informe de conclusiones y recomendaciones*, 17 noviembre 2005
- AGUILAR DEL CASTILLO M.C., *Las redes sociales profesionales y el empleo. Una realidad en espera*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. HERNÁNDEZ BEJARANO

¹²⁰ M.F. DE RAMOS, C. HERNÁNDEZ, *Tipología y metodología de los programas de outplacement*, en *Capital Humano*, 2000, n. 133, 40 ss.

¹²¹ C. GALA DURÁN, *Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad prohibida?*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 56, 110.

- (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017
- AGUIRRE DE MESA J.M., ANDRÉS REINA M.P., RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ J.R., TOUS ZAMORA D., *Dirección y gestión de personal*, Pirámide, 2000
- ALARCÓN CARACUEL M.R., *La informatización y las nuevas formas de trabajo*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL, R. ESTEBAN LEGARRETA (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004
- ALARCÓN CASTELLANOS M.M., *Agencias privadas de colocación*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, R. AGUILERA IZQUIERDO (dirs.), *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, Civitas, 2009
- ALBIOL MONTESINOS I., *Comités de empresa y Delegados de personal*, Deusto, 1992
- ALUJAS RUÍZ J.A., *La intermediación laboral a nivel autonómico: Servicios Públicos de Empleo versus empresas de trabajo temporal*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 113
- ÁLVAREZ CIVANTOS O.J., *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Comares, 2002
- ALZAGA RUÍZ I., *Intermediación laboral y formación profesional*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 100
- BLÁZQUEZ AGUDO E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, 2018
- CABEZA PEREIRO J., *Intermediación y otros actores de las políticas de empleo*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, *La Estrategia Europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010
- CALVO GALLEGU F.J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 107
- CARDONA RUBERT M.B., *Informática y contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, 1999
- CARDONA RUBERT M.B., *Las agencias de colocación en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2010
- CASTELLS ARTECHE J.M., *La limitación informática*, en S. MARTÍN RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, 1991, tomo II
- CASTELLS M., *La era de la información. Vol. I. La sociedad red*, Alianza, 2001
- CAVAS MARTÍNEZ F., *El convenio núm. 81 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación*, en *Aranzadi Social*, 2000, n. 5

- CAVAS MARTÍNEZ F., *El nuevo derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, en *Aranzadi Social*, 2003, n. 5
- CAVAS MARTÍNEZ F., *El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada*, en AA.VV., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ponencias*, Laborum, 2007
- CLAVER CORTÉS E., GASCÓ GASCÓ J.L., LLOPIS TAVERNER J., *Los recursos humanos en la empresa. Un enfoque directivo*, Civitas, 1995
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ P., *El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, n. 48
- DAVARA RODRÍGUEZ M.A., *La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, en M.A. DAVARA RODRÍGUEZ (coord.), *XIII Encuentro sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, 2000
- DE LA CASA QUESADA S., VALLECILLO GÁMEZ M.R., MOLINA NAVARRETE C., *Empleo a tiempo parcial y temporal, reciclaje profesional e itinerarios personalizados de empleo: ¿modernizarse haciendo siempre lo mismo? Comentario a los Reales Decretos Leyes 1/2011 y 3/2011*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2011, n. 336
- DE MIGUEL J., *La obligación de informar de los encargados de tratamiento en el RGPD*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2018, n. 938
- DE RAMOS M.F., HERNÁNDEZ C., *Tipología y metodología de los programas de outplacement*, en *Capital Humano*, 2000, n. 133
- DEL PESO NAVARRO E., *Ley de Protección de Datos*, Díaz de Santos, 2000
- DEL REY GUANTER S., *Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo (una aproximación a la “intimidad informática” del trabajador)*, en *Relaciones Laborales*, 1993, n. 2
- DEL VAL TENA A.L., *La intermediación en el empleo: un aspecto de la reforma del mercado de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996
- DURÁN LÓPEZ F., *Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma*, en *Revista de Trabajo*, 1990, n. 100
- ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *La Ley de derechos de información: una ley a medio camino*, en *Relaciones Laborales*, 1991, n. 1
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN L.A., *Tratamiento automatizado de los datos personales en los procesos de selección de los trabajadores*, en *Relaciones Laborales*, 1994, n. 1
- GALA DURÁN C., *Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad prohibida?*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 56

- GARCÍA COCA O., *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, Laborum, 2016
- GARCÍA GIL B., *Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, 2010
- GARCÍA MARCO F.A., *Administración electrónica: el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, en F. GALINDO, A.J. ROVER (eds.), *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009
- GARCÍA NINET J.I., SALIDO BANÚS J.L., *Intermediación laboral y agencias de colocación y recolocación privadas. Comentario al Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 24
- GOÑI SEIN J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Civitas, 1998
- GOÑI SEIN J.L., *Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos*, en M.R. ALARCÓN CARACUEL, R. ESTEBAN LEGARRETA (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004
- GOÑI SEIN J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/2018)*, Bomarzo, 2018
- LÁZARO SÁNCHEZ J.L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, Mergablum, 2003
- LÓPEZ ÁLVAREZ L.F., *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento Europeo*, Francis Lefebvre, 2016
- LUCAS A., *Le droit de l'informatique*, Presses Universitaires de France, 1987
- MARTÍNEZ FONS D., *El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 98/2000 y 186/2000, de 10 de julio*, en *Relaciones Laborales*, 2002, n. 1
- MELLA MÉNDEZ L., *El compromiso de actividad*, CEF, 2005
- MERCADER UGUINA J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, 2018
- MERCADER UGUINA J.R., *La protección de datos personales del trabajador. La obligación del empresario de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2018
- MERCADER UGUINA J.R., *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, 2018

- MOLINA NAVARRETE C., *Público y privado en el mercado del empleo: hacia una nueva síntesis cooperativo-competitiva (claves de un modelo paternalial de servicios de empleo)*, en S. DE LA CASA QUESADA, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (coords.), *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, Bomarzo, 2011
- MONEREO PÉREZ J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992
- MORALES BARCELÓ J., *Big data y protección de datos: especial referencia al consentimiento del afectado*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2017, n. 44
- MORENO VIDA M.N., *Contratos temporales y empresas de trabajo temporal*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, 2010
- MURILLO DE LA CUEVA P.L., *Informática y protección de los datos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003
- PELOU P., VUILLEMÍN A., *Les nouvelles technologies de la documentation*, La Documentation Française, 1985
- PÉREZ AMORÓS F., *Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991*, Bosch, 1993
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant Lo Blanch, 1991
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *La reforma de la intermediación laboral en España*, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 5
- PÉREZ DOMÍNGUEZ F., *Servicios privados de empleo: razones para una reforma*, en *Documentación Laboral*, 2007, n. 79
- PORRET GELABERT M., *El “headhunting” para la selección de ejecutivos*, en *Relaciones Laborales*, 1999, n. 2
- PRECIADO DOMENECH C.H., *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo. Adaptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Aranzadi, 2018
- RAMOS QUINTANA M., *Art. 8. Principios de organización y funcionamiento*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (dirs.), *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Comares, 2011
- RAY J.E., *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, en *Droit Social*, 1992, n. 6
- RAY J.E., *Une loi macédonienne? Étude critique du titre V de la loi 31 décembre 1992*, en *Droit Social*, 1993, n. 2

- RODRÍGUEZ CRESPO M.J., *Los mecanismos de intermediación laboral tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 10/2010. En Especial, la aparición de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro*, en *Información Laboral*, 2010, n. 14
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, 2009
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, La Ley, 2013
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., *Outplacement, head-hunters y otras formas de intervención privada en el mercado de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., LÁZARO SÁNCHEZ J.L., VALDÉS ALONSO A., *Otras actividades en el mercado de trabajo*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir.), *Lecciones de Derecho del Empleo*, Tecnos, 2006
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., *Los servicios públicos de empleo*, en L. CAMPS RUÍZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, T. SALA FRANCO (coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant Lo Blanch, 2010
- SÁENZ M.T., *Outplacement: una renovación para el futuro consolida el presente*, en *Capital Humano*, 2000, n. 133
- SAGARDOY BENGOCHEA J.A., GIL Y GIL J.L., *Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, en *Revista de Trabajo*, 1990, n. 100
- SAGARDOY DE SIMÓN I., *Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 1
- SALA FRANCO T., *El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral*, en E. BORRAJO DACRUZ (coord.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, 1999
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z., *Administración electrónica y Directiva de servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración?*, en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas*, Civitas, 2009
- SASTRE CASTILLO M.Á., [Outplacement. Una aproximación a su realidad teórica](#), en [Cuadernos de Relaciones Laborales](#), 1995, n. 6
- SERRANO FALCÓN C., *Más allá de los recursos humanos. La regulación jurídica de las empresas de selección de personal*, en *Documentación Laboral*, 2008, n. 84
- SERRANO FALCÓN C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Comares, 2009

- SERRANO FALCÓN C., *Servicios públicos de empleo y agencias de colocación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ (dirs.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, 2011
- SOBRINO GONZÁLEZ G.M., *Las empresas de outplacement y la intermediación laboral*, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 1
- SUÁREZ CORUJO B., *Art. 16*, en L.E. DE LA VILLA GIL (dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, 2010
- TASCÓN LÓPEZ R., *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Civitas, 2005
- TASCÓN LÓPEZ R., *La protección de datos personales de los trabajadores*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, n. 16
- TASCÓN LÓPEZ R., *Los ficheros empresariales sobre trabajadores y los derechos de los mismos en el marco de la relación contractual con el empleador*, en A. TRONCOSO REIGADA (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, 2010
- VALDÉS DAL-RÉ F., *Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 1
- VALDÉS DAL-RÉ F., *La reforma de la intermediación laboral*, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 2
- VALERO TORRIJOS J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, 2007
- VALLECILLO GÁMEZ M.R., *La reforma de la intermediación laboral: ¿nuevo modelo de colaboración público-privado o nuevo mercado?*, en C. MOLINA NAVARRETE, S.M. RUESGA BENITO, M.R. VALLECILLO GÁMEZ (dirs.), *Estrategias de competitividad, mercados de trabajo y reforma laboral 2010: convergencias y divergencias*, CEF, 2010
- WALLON B., *Télématique et offers d'emploi*, en *Droit Social*, 1989, n. 6
- ZANELLI P., *Nuove tecnologie. Legge e contrattazione collettiva*, Giuffrè, 1993

“Always on”. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0*

Mariola SERRANO ARGÜESO**

RESUMEN: En una empresa y mundo cada vez más digitalizado preocupa la figura del profesional permanentemente conectado. Los efectos sobre la salud, los excesos incontrolados y no remunerados de la jornada de trabajo y la imposibilidad de conciliar la vida laboral con la personal y familiar como consecuencia de la incorrecta utilización de los dispositivos electrónicos han sido reiteradamente denunciados, lo que ha supuesto la reciente inclusión en nuestra legislación del “derecho a la desconexión digital”. Sin embargo, las exigencias legales son escasas y dejan en manos de los agentes sociales su concreción. Si de verdad se quiere que la previsión jurídica no pase de ser, como se ha criticado una y otra vez por la doctrina, una mera anécdota, será necesario que vaya acompañada de medidas legislativas y políticas efectivas sobre tiempo de trabajo que faciliten su ejercicio.

Palabras clave: Desconexión digital, tiempo de trabajo, corresponsabilidad, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. Tiempo de trabajo en la era digital y bienestar. 2. Interpretación jurisprudencial del concepto de tiempo de trabajo *versus* tiempo de descanso y su previsión en la negociación colectiva. 3. Poder de dirección y control empresarial de la desconexión digital. 4. Derecho a la desconexión digital. Previsión normativa: alcance y propuestas de futuro. 5. Bibliografía.

* El artículo está vinculado al Proyecto de Investigación *Trabajo y Digitalización: el impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social*, DER 2017-82444-R.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Deusto (España).

“Always on”. Digital Disconnection Effectiveness Proposals in the 4.0 Economic Environment

ABSTRACT: In the current companies and world, more and more digitalized, there are concerns about the situation of the permanent connected professional. The health effects, the long working hours without payment and the impossibility of conciliating the family and labor life, that are consequences of the wrongly usage of the electronic devices, have been repeatedly reported and has caused the “Digital disconnection Right” inclusion in our law. However, the legal requirements are few and have left its precision into the hands of the social agents. If we really want the legal estimation to be more than an anecdote, what has been criticized in several occasions by the doctrine, it would be needed to include legal measures and effective policies about the working hours in order to facilitate its working.

Key Words: Digital disconnection, working hours, co-responsibility, collective bargaining.

1. Tiempo de trabajo en la era digital y bienestar

El tiempo de trabajo y de descanso de los trabajadores ha sido y es una preocupación a nivel laboral y social. En el Preámbulo de la Parte XIII (trabajo) del sistema de tratados de paz de Versalles que dio lugar a la constitución de la OIT se previó expresamente la «reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo» entre las medidas imprescindibles para mejorar las condiciones de trabajo. Más tarde, el tiempo de trabajo se trata de forma progresiva en los siguientes convenios de la OIT: convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (n.1); convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (número 47); Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (n. 116); convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (n. 14); convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (n. 106); convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (n.132); convenio sobre trabajo nocturno, 1990 (n. 171); convenio sobre trabajo a tiempo parcial, 1994 (n. 175)¹. Por su parte, el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos² del año 1948, establece que «toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». En esa misma línea, el artículo 2 de la Carta Social Europea, dedicado al derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, integra el derecho al descanso, disponiendo en su apartado quinto que las partes se comprometerán «a garantizar un reposo semanal que coincida en la posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región». Asimismo, el artículo 7 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales adoptado en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) enuncia que los Estados partes del pacto en cuestión deben procurar que todo individuo disfrute de condiciones equitativas y satisfactorias, salvaguardando especialmente según su apartado d) «el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos»³.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

¹ R. AGUILERA IZQUIERDO, R. CRISTÓBAL RONCERO, *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica*, en www.ilo.org/madrid, 23 marzo 2017.

² Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su [Resolución 217 A \(III\)](#), de 10 de diciembre de 1948 (BOE, 26 junio 1980, n. 153).

³ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Europea, en su artículo 31 apartado segundo, relativo a las condiciones de trabajo justas y equitativas, señala que «todo trabajador tiene derecho a una limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas»⁴. El Tratado de Lisboa⁵ establece que los estados miembros deben incluir entre sus objetivos «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso (artículo 151)». Se ha defendido la interpretación de esta disposición como la obligación de reducir progresivamente las jornadas de trabajo largas, preservando al mismo tiempo las mejoras adquiridas⁶. La primera Directiva referente a la ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 93/104/CE), aprobada en 1993, fue modificada por la Directiva 2000/34/CE⁷. Ambas han sido refundidas en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁸. Los intentos de la Comisión Europea de revisar la Directiva se remontan al 22 de septiembre de 2004, fecha en la que la Comisión presentó una propuesta para incluir la cláusula de exclusión voluntaria individual “*opt ut*” en la Directiva de base y abordar la cuestión relativa a los tiempos de guardia, a raíz de las sentencias que el TJCE había dictado en relación al tema. En el año 2008, los Estados miembros (en el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores – EPSCO) adoptaron una posición común sobre la Directiva⁹. Este acuerdo fue considerado regresivo por el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, en especial en lo referente a las disposiciones sobre “exclusión voluntaria” y “tiempo de atención continuada”. El 24 de marzo de 2010, la comisión adopta una comunicación relativa a la revisión de la Directiva sobre tiempo de trabajo al objeto de servir de consulta y reflexión sobre el tipo de regulación que debe adoptar en la materia de tiempo de trabajo la UE para hacer frente a los desafíos del siglo XXI¹⁰, además, la comunicación efectúa un

⁴ En BOE, 31 julio 2008, n. 184).

⁵ Versión consolidada, DOUE, 2016/C202/1, 7 junio 2016, n. 59.

⁶ ETUC, [Los derechos fundamentales y la Directiva sobre el tiempo de trabajo](#), Hoja Informativa, 2011.

⁷ Muchas de las actuaciones desarrolladas referentes al tiempo de trabajo en Europa se originan en torno a la Estrategia Europea de Empleo, surgida tras el Consejo Extraordinario sobre empleo, celebrado en Luxemburgo en 1997. La propuesta va acompañada por un capítulo sobre la conciliación de la vida laboral y familiar que también surge de esas políticas europeas que tienen como fin crear empleo.

⁸ DOUE L299/9, 18 noviembre 2003.

⁹ ETUC, *op. cit.*

¹⁰ [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y](#)

compendio de toda la jurisprudencia europea dictada hasta el momento en la interpretación y aplicación de la Directiva 2003/88¹¹. Dicha interpretación ha sido cuestionada por la ETUC¹² que ha recomendado a la Comisión poner fin a la opción de no aplicación a partir del límite de 48 horas de tiempo de trabajo; que no se modifique el periodo de referencia actual; que codifique la jurisprudencia del TSJUE entendiéndolo que el tiempo de guardia ha de considerarse tiempo de trabajo y que regule la aplicación del tiempo de trabajo por trabajador. La Directiva entró en vigor hace más de 20 años, en un periodo en el que las TIC no habían ingresado en el mercado de trabajo de forma intensa y en el que la estabilidad en el empleo era mayor que la actual. Es por ello que la Directiva no incorpora las consecuencias de las TIC a nivel de la prestación y de la organización del trabajo, lo que permite explicar el por qué entonces no estaba en discusión el tratamiento específico o autónomo del problema de la conciliación de la vida laboral y familiar¹³.

En el ordenamiento jurídico español el derecho al descanso se regula el

[Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo a la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE \(«la Directiva sobre el tiempo de trabajo»\)](#), COM(2010)802 final, 21 diciembre 2010; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo \(segunda fase de la consulta de los interlocutores sociales a escala europea con arreglo al artículo 154 del TFUE\)](#), COM(2010)801 final, 21 diciembre 2010. La Comisión presenta dos documentos: la comunicación interpretativa y el informe de aplicación previsto en el artículo 24 de la Directiva. El primero tiene como objetivo incrementar la seguridad y claridad jurídica, mientras que el segundo analiza la situación en lo que respecta a la transposición de la Directiva. Ambos documentos comparten el objetivo de permitir que los Estados miembros aseguren una correcta aplicación a fin de garantizar que proporcionen unos mejores resultados para los ciudadanos, las empresas y las autoridades públicas.

¹¹ La propia comunicación señala que, desde 1993, más de cincuenta sentencias y autos del TSJUE han abordado la Directiva sobre el tiempo de trabajo y han interpretado sus disposiciones, incluidos el alcance y las limitaciones de la flexibilidad que ofrece.

¹² ETUC, [The Working Time Directive: Limitation of working hours and more influence of workers for healthier working lives](#), ETUC Position, 2010, aprobada por el Comité Ejecutivo reunido el 3 de junio de 2010, sobre la comunicación de la Comisión Europea adoptada en fecha 24 de marzo de 2010 y presentada en el marco de la primera fase de consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario. Vid. también ETUC, [ETUC Resolution. The Working Time Directive: Limitation of working hours and greater influence of workers for the benefit of healthier working lives](#), 2011, aprobada por el Comité Ejecutivo, reunido el 8 y 9 de marzo de 2011.

¹³ F. LIBERAL FERNÁNDEZ, *Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos, 2017, 28.

apartado 2 del artículo 40 de la CE¹⁴. Por su parte, los artículos 34 a 38 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores regula el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. También lo hace el Real Decreto 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo así como otras normas de rango reglamentario para sectores concretos. En todo caso, deben ser los convenios colectivos los que prevean las concreciones o limitaciones de la jornada de trabajo.

Las políticas de tiempo surgen en las sociedades del bienestar en la década de los 80 gracias al impulso del feminismo que renace tras los “movimientos sociales” en 1968. El trasfondo que las hace posible gira en torno a las críticas que las mujeres escandinavas planteaban a las políticas del Estado del bienestar de la época, centrándose sus primeras propuestas en la denominada “ley del tiempo” italiana de 1990, que a pesar de haberse quedado en proyecto tuvo el acierto de haber sabido anticipar la importancia del tiempo necesario para cuidar de la vida en las sociedades del bienestar. Algunos de los logros posteriores fueron la oportunidad de considerar nuevos escenarios como la ciudad o la vida cotidiana, más allá del mercado de trabajo y la familia; la posibilidad de contemplar el bienestar cotidiano como uno de los principales retos que tiene planteado el futuro Estado de Bienestar y la revisión, en general, de lo que se entiende por derechos y deberes de la ciudadanía en el nuevo modelo social europeo¹⁵.

A pesar de que las TICs favorecen el trabajo a distancia y la conciliación con la vida laboral, personal y familiar, la OIT advierte que «la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre la vida laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del periodo preindustrial. Los procesos de cambio permiten que el individuo pase más tiempo en su casa que en el trabajo, pero que también pase más tiempo trabajando en casa podría ser un arma de doble filo»¹⁶. En efecto, dicha exposición podría derivar en una preocupante situación en la que el trabajo lo invada todo y el trabajador ya no disponga de un tiempo de descanso genuino y propio¹⁷.

¹⁴ Constitución Española, en BOE, 29 diciembre 1978, n. 311.

¹⁵ Las políticas más exitosas han sido las de tiempo y ciudad. Vid. T. TORNIS, *Las políticas de tiempo y el bienestar cotidiano*, en AA.VV., [Las familias y sus necesidades y retos en el actual entorno social y económico: respuesta de los poderes públicos](#), Ararteko, 2015, 271 ss.

¹⁶ OIT, *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I, 15.

¹⁷ L. MELLA MÉNDEZ, *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16.

El tiempo y su relación con el ámbito laboral es una herramienta clave para hacer visibles los límites del Estado de bienestar.

En general, es cada vez menos necesaria la presencia de los trabajadores en la empresa y cambia también la manera en la que el empresario y el trabajador se relacionan como consecuencia del uso del correo electrónico o los dispositivos móviles, lo que intensifica la disponibilidad de los trabajadores y pone en peligro las fronteras entre la vida profesional y la privada. El trabajo móvil conectado a una red otorga un importante grado de autonomía al trabajador pero le coloca en una situación de conexión permanente que puede suponer una prolongación excesiva de su jornada de trabajo y carga laboral¹⁸. De esta forma, la flexibilidad que se introduce en el tiempo de trabajo puede tener como consecuencia horarios de difícil precisión así como una necesidad de comunicación casi permanente entre empresario y trabajador a fin de eliminar las distancias físicas existentes. Es en este contexto en el que aparecen dudas sobre lo que ha de quedar incluido en el concepto de tiempo de trabajo ya que ahora toman relevancia aspectos que hasta la fecha no lo tenían, al menos, de forma tan generalizada, como la disponibilidad, la localización y la variabilidad de la jornada de trabajo¹⁹. El crowdsourcing y el autoempleo o los falsos autónomos transforman el contrato de trabajo en un contrato comercial, o como refiere De Stefano²⁰, los contratos de cero o una hora de trabajo por los cuales el trabajador debe estar permanentemente a disposición del empresario o los trabajadores que ofrecen servicios en plataformas digitales eludiendo la legislación laboral²¹. Haciendo una retrospectiva a la relación entre el uso de las TIC y el control del trabajo, aquellas empezaron por desempeñar un papel relevante en el ámbito disciplinario como medio probatorio en relación con el uso para fines personales de las TIC proporcionadas por el empleador revitalizando, de esta manera, el debate sobre la confrontación de las libertades individuales fundamentales (la garantía de confidencialidad de la correspondencia electrónica

¹⁸ El Comité Europeo Económico y Social recuerda que la digitalización de las relaciones de trabajo ha reformulado la naturaleza del propio trabajo y ha provocado una redefinición de las condiciones de producción, distribución y consumo (EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, [Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations](#), 2017, 8-9).

¹⁹ OIT, *op. cit.*

²⁰ V. DE STEFANO, [The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»](#), ILO Conditions of Work and Employment Series, 2016, n. 71.

²¹ *Vid.* la reciente sentencia n. 53/19 del juzgado de lo social de Madrid n. 33 que reconoce la laboralidad del trabajo de los repartidores de la plataforma digital Glovoapp²³.

personal) con el poder disciplinario del empleador. En virtud de la conciliación de la vida personal y laboral, sin embargo, las TIC pasan a servir de medio de trabajo cuya utilización laboral urge regular o limitar²². Así pues, las nuevas tecnologías difuminan las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso en el trabajo a distancia y también en el presencial puesto que el trabajador puede verse obligado directa o indirectamente a permanecer en constante contacto con la empresa para la que desarrolla la actividad profesional (*always on*). Además, la digitalización de las relaciones laborales reabre, por una parte, una vieja discusión sobre si el trabajador ha de contestar fuera de la jornada de trabajo al correo electrónico, al whatsapp, al móvil o responder a un documento que se acaba de introducir en una carpeta Dropbox y cómo ha de regularse, en el caso de que se considere que es necesario. Es en este contexto en el que surge la cuestión del “derecho a la desconexión digital”, sobre todo, a partir su regulación en el Código de Trabajo Francés²³ que, a pesar de no precisar en qué consiste dicho derecho lo deriva a la negociación anual sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y calidad de vida en el trabajo y asigna al empresario un importante papel ya que tiene que concretar a falta de acuerdo con el comité de empresa y previa audiencia del mismo o, en su defecto, de los delegados de personal, la política de actuación al respecto²⁴.

2. Interpretación jurisprudencial del concepto de tiempo de trabajo *versus* tiempo de descanso y su previsión en la negociación colectiva

Ya en el año 1997 la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997²⁵ declaraba, respecto a la medida impulsada por la empresa Ford Credit Europe, PLC que sí podrían resultar perjudicados los trabajadores

²² F. LIBERAL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 28.

²³ El artículo 55.12^a L 2016-1088 introduce el apartado 7 en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo francés. Recordar también el debate en Alemania en el año 2014 sobre la ley anti-estrés que solicitaba el establecimiento de una norma por la que el empresario no pudiera comunicarse con el trabajador a determinadas horas. *Vid.* E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: Una perspectiva de protección diferente*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 387, 17-42.

²⁴ La regulación francesa del derecho a la desconexión digital fue por primera vez objeto de estudio y atención en F. Alemán Páez, *El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 30, 12 ss.

²⁵ Sentencia n. 94/1997 de 17 julio AS\1997\3370.

en sus legítimos derechos e intereses si se les obligara, tal como se indica en la nota circular de 25 de julio de 1996, a mantener una conexión ininterrumpida de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes. Indica, de esta forma, que se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores si se exige a los empleados desarrollar su actividad profesional o estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento, y por eso se estima la demanda en este particular extremo, declarando la nulidad de las instrucciones de la compañía que exijan a sus trabajadores a mantener fija la atención a los teléfonos móviles una vez concluida la jornada de trabajo de cada uno de ellos.

De forma más reciente, en el año 2015, la STS de 21 de septiembre de 2015 (recurso 259/2014) analiza la validez una cláusula en el contrato de trabajo que establecía que los trabajadores debían proporcionar voluntariamente a la empresa su teléfono o su cuenta de correo electrónico. El TS coincide con el Ministerio Fiscal en que se trata de una cláusula abusiva: «nos encontramos ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria». De esta forma, entiende el tribunal que para que se puedan incorporar estos datos al contrato de trabajo es necesario que el consentimiento se haya prestado de una manera libre y voluntaria, lo que no sucede en este caso ya que el empresario se vale de que el trabajador constituye la parte más débil del contrato y por miedo a no ser contratado admitirá la inclusión de dicha cláusula, por lo que no hay un consentimiento libre y voluntario. El empresario no puede entender que la no respuesta a un correo electrónico, a un whatsapp o a una llamada de teléfono móvil fuera del horario de trabajo sea un incumplimiento laboral a riesgo de excederse en su poder de control y dirección en la empresa. En todo caso, este pronunciamiento jurisprudencial no puede considerarse como precursor de un hipotético derecho a la desconexión digital pues la controversia descansa en el hecho de que la cláusula contractual era contraria a las exigencias de protección de datos de carácter personal y no en torno a un eventual derecho a no atender obligaciones laborales comunicadas a través

de dispositivos electrónicos fuera de las horas de trabajo²⁶.

El tiempo de trabajo, además de actuar como parámetro retributivo choca, en el supuesto de no respetar los términos de la limitación de la jornada de trabajo, con fundamentos economicistas: rendimiento decreciente de los trabajadores; mayor incidencia de los errores; desgaste del trabajador; siniestralidad laboral y consecuencias del estrés laboral²⁷. A nivel personal restringe, cuando no impide, la autogestión del tiempo y como consecuencia, el ejercicio de la corresponsabilidad y de la conciliación de la vida personal familiar y laboral. El reto de la delimitación del tiempo de trabajo está en entender y prever que las nuevas posibilidades de organización individual y distribución irregular de la jornada de trabajo no supongan prolongaciones no reconocidas de la misma y ello porque cada vez más trabajadores se enfrentan a tiempos de trabajo más flexibles, imprecisos o desestructurados que enmascaran incumplimientos contractuales e impiden una compensación apropiada para la mayor disponibilidad exigida²⁸. El TSJUE en sentencia de 21 de febrero de 2018²⁹ establece que el artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE debe entenderse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de tiempo de trabajo menos restrictiva que la contenida en la misma, pero sí disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los periodos de descanso más favorables para los trabajadores. Es así que los estados miembros pueden establecer en su Derecho nacional que la retribución de un trabajador en “tiempo de trabajo” no sea la misma que la de un trabajador “en periodo de descanso” hasta el punto que pueden no reconocer retribución alguna durante este último periodo. El concepto de “tiempo de trabajo” establecido en el artículo 2 de la Directiva debe entenderse en el sentido de que «se aplica a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos». No

²⁶ P. CHARRO BAENA, *Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *op. cit.*, 27.

²⁷ J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Cronorreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 421, 5 y 6.

²⁸ *Ibidem*, 5.

²⁹ *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, asunto C-518/15. La sentencia analiza un caso en el que el Sr. Matzak inicia un procedimiento judicial en el que insta a un ayuntamiento belga a que le indemnice con una cantidad dineraria por los daños y perjuicios causados por la falta de retribución de sus servicios como bombero suplente. En concreto, se plantean distintas cuestiones prejudiciales, entre ellas, si las guardias domiciliarias han de considerarse tiempo de trabajo.

ocurre lo mismo a pesar de hallarse en guardia localizada, si no se requiere su presencia en el lugar de trabajo³⁰. Tampoco se puede superar la jornada máxima añadiendo periodos de disponibilidad, aunque éstos no sean siempre tiempos de trabajo efectivo incluyendo periodos en los que no existe actividad laboral (STSJUE de fecha 5 de octubre de 2004, C-397/2001).

El artículo 34.5 del ET también ha sido objeto de litigio en España. En concreto, el TS entiende que las guardias localizadas con llamada de trabajo son consideradas tiempo de trabajo pero no lo son las guardias localizadas sin llamada a pesar del deber de disponibilidad³¹. En el mismo sentido, la STS de 11 de mayo de 2017, n. 5/2016³² considera que el tiempo de “simple localización” sin presencia física no es considerado tiempo de trabajo. Merece también destacar la SAN de 27 de octubre de 2017³³ que resuelve la cuestión de si el tiempo de trabajo que los trabajadores dedican a ciertas actividades organizadas por la empresa fuera del horario laboral (participación en un campeonato de fútbol, por ejemplo) debe ser considerado tiempo de trabajo. La Audiencia Nacional considera que lo fundamental no es el carácter voluntario o involuntario de las mismas sino el hecho de que el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario, y en el ejercicio de su actividad y funciones³⁴. El tiempo de descanso es por exclusión, lo que no es tiempo de trabajo,

³⁰ Vid. la diferencia entre la STSJUE 9 septiembre 2003, *Landeshauptstadt Kiel c. Norbert Jaeger*, asunto C-151/02, y la STSJUE 3 octubre 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) c. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, asunto C-303/98.

³¹ STS 27 enero 2005, n. 5539/2003, Ref. Cendoj 2005/375.

³² Las guardias de localización en el transporte no son equiparables al tiempo de presencia. Vid. STS 11 mayo 2017, n. 5/2016, Ref. Cendoj 2017/2131.

³³ SAN 27 octubre 2017, Rec. 185/2017.

³⁴ La Proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable (122/000299 en BOCG, 16 noviembre 2018, Serie B, n. 342-1) propone la siguiente redacción para el artículo 34.5: Las guardias de presencia en el lugar de trabajo se computarán como tiempo de trabajo incluso en los períodos de inactividad. Las guardias de localización o cualquier sistema establecido que implique disponibilidad del trabajador computarán como tiempo de trabajo en los períodos de actividad, tanto si implican desplazamiento como si exigen meramente presencia telemática, telefónica o similar. También computarán como tiempo de trabajo efectivo los períodos de inactividad cuando exijan la presencia del trabajador en un lugar inmediato al lugar de trabajo o cuando así se establezca por convenio colectivo, acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores o pacto. Las guardias y cualquier sistema de disponibilidad, incluidos los telefónicos o telemáticos, tendrán que constar expresamente. En caso contrario, se presumirá el derecho a la desconexión del trabajador. En la configuración de cualquier sistema de guardias y de disponibilidad tendrán que respetarse los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

un tiempo de disponibilidad plena del trabajador que no ha de ser limitado por el empresario. El derecho a la desconexión digital no es más que reconocer a los trabajadores el derecho a no conectarse a cualquier herramienta digital durante sus periodos de descanso o vacaciones y que las nuevas tecnologías no diluyan lo que fue una conquista social: la limitación de la jornada y el derecho al descanso. En todo caso, el derecho a la desconexión digital debiera ir más allá del derecho al descanso so pena de otra forma de quedar vacío de contenido y limitarse a reproducir un derecho que los trabajadores ya tienen reconocido³⁵.

Siguiendo el ejemplo de la legislación francesa y antes de su previsión normativa también en España, ha sido la negociación colectiva la primera que, tímidamente, ha reconocido el derecho a la desconexión digital. La disposición adicional décima *Revisión de correo electrónico corporativo* del Convenio Colectivo de Vueling Airlines SA, establece la obligación de revisar el correo electrónico corporativo de todos los TCP, sin embargo, excluye de dicha obligación de revisar el correo los periodos de vacaciones, enfermedad, permisos y días libres. No menciona el derecho a la desconexión digital pero sí protege el derecho de descanso de los trabajadores, si bien es cierto que se echa de menos una mención expresa a la jornada de trabajo y al derecho a la conciliación de la vida personal familiar y laboral³⁶.

Empresa pionera en España en la implementación de la desconexión digital en la organización de la empresa ha sido el grupo AXA³⁷. Su convenio colectivo³⁸ regula el derecho a la desconexión digital en su artículo 14 estableciendo que «las partes firmantes de este convenio colectivo coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los correos o mensajes profesionales fuera de su horario laboral». En el [acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica, de fecha 27 de junio de 2018](#) se establece que «los trabajadores/as tienen

³⁵ M^ºR. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión. ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, 177.

³⁶ Resolución de 22 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA (BOE, 4 abril 2017, n. 80).

³⁷ En lo que parece ha podido influir el origen francés de la compañía.

³⁸ Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa (BOE, 10 octubre 2017, n. 244).

derecho a no responder cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, Whatsapp, redes sociales, etc) fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor. La comisión de seguimiento realizará una vigilancia de la implantación de esta medida».

En el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santander SA, Banco Popular SA y Banco Pastor SA, alcanzado entre la dirección de las entidades y la representación social, se llega, en fecha 26 de junio del año 2018, a un acuerdo con el objetivo de pactar medidas de adaptación de las relaciones laborales al nuevo entorno digital y asegurar el tiempo de vacaciones y de descanso, así como la vida personal y familiar. En el Anexo IV se establecen los «criterios para una ordenación racional del tiempo de trabajo» que merece la pena reproducir de forma parcial. El objeto de dicho anexo, adaptándolo en su implementación a las diferentes necesidades de sus profesionales y del negocio/función para el que trabajan es facilitar la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar. El acuerdo establece que ello debe hacerse «sin repercusiones negativas en la productividad ni en los resultados», lo que resulta sorprendente puesto que, en todo caso, estamos hablando del respeto al derecho al descanso de los trabajadores que no debiera ser en ningún caso utilizado ni considerado para conseguir y mantener la adecuada productividad en la empresa. El texto apuesta por el uso de las nuevas tecnologías en la organización del tiempo del trabajo en la empresa estableciendo que se ha de «fomentar una ordenación racional del tiempo de trabajo y su aplicación flexible, así como el uso de las tecnologías y herramientas de planificación para atender correctamente a reuniones, eventos y citas con clientes a fin de permitir el cumplimiento de la jornada anual pactada». De la misma manera destaca el objetivo de «fomentar la racionalización del tiempo invertido en reuniones, mediante la convocatoria de reuniones con la suficiente antelación que posibilite la programación eficiente del tiempo de trabajo, conforme a las políticas de reuniones y multiconferencias, y/o guías de recomendaciones difundidas por la Dirección o siempre que resulte posible, si la reunión implica desplazamientos de algún asistente, se facilitará la opción de conectarse en remoto; se utilizarán los medios tecnológicos disponibles para evitar viajes fuera del lugar de residencia; se evitarán, también en la medida de lo posible, viajes en fin de semana o festivos; y se permitirá en los días en los que se viaje entrar más tarde, salir antes, o trabajar en remoto. En todo caso, no se convocarán reuniones después de las 18 horas, salvo cuando así lo requieran las diferencias horarias por razón de geografía, ya sean comerciales, de formación o de otro tipo, y se celebren presencial o telemáticamente». El acuerdo prevé una reorganización del tiempo de

trabajo tanto dentro de la jornada laboral como fuera de la misma. Respecto a las medidas concretas de desconexión digital establece promover un uso eficiente y racional del correo electrónico, mediante la difusión por la dirección de guías y/o recomendaciones que eviten su uso excesivo o innecesario, o el envío de correos fuera del horario laboral, salvo situaciones justificadas o de urgencia que no admitan demora. En este sentido, y consecuentemente, se reconoce el derecho de los profesionales a no responder a correos o mensajes profesionales fuera de sus horarios de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. El acuerdo fue ratificado por un 65,85% de los sindicatos del banco Santander. La oposición al mismo se justificó en la necesidad de que se reconozca que el derecho a la desconexión digital supone la realización de horas extras no remuneradas en la empresa.

Más recientes son el [acuerdo suscrito entre el grupo telefónica y CCOO y UGT el 23 de noviembre de 2018](#) vinculado al ámbito del bienestar digital y hábitos saludables en el buen uso de las tecnologías digitales; el convenio colectivo del grupo Marítima Dávila SA³⁹ que lo liga al ámbito del teletrabajo o su previsión conectada con el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral en el VII Convenio colectivo de Repsol, SA⁴⁰.

3. Poder de dirección y control empresarial de la desconexión digital

Llevar un registro de la jornada de trabajo es, sin duda, una forma de garantizar el derecho al descanso de los trabajadores. El alcance de dicha obligación empresarial en el caso de los trabajadores con contrato a tiempo completo⁴¹, según lo dispuesto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores no ha sido, sin embargo hasta el momento, una cuestión pacífica⁴² planteándose un debate jurídico entre si el registro diario de la jornada de trabajo abarcaba solamente a las empresas que realizan horas extraordinarias o si debía ser obligatorio en todas las empresas independientemente de que efectivamente realizasen horas

³⁹ En BOE, 11 octubre 2018, n. 246.

⁴⁰ En BOE, 17 julio 2018, n. 172.

⁴¹ El artículo 12.4c establece la obligación de registro para los trabajadores a tiempo a tiempo parcial.

⁴² Artículo 35.5: «A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente».

extraordinarias, es decir, si era obligatorio disponer de un sistema de control horario para contabilizar la jornada ordinaria de trabajo. Así pues, desde hace tiempo se ha venido reclamando primero por la doctrina y luego por los tribunales una reforma legislativa que clarificase de una vez por todas la obligación de llevar un registro de la jornada de trabajo⁴³ denunciándose, al mismo tiempo, que no deben ser los tribunales los que sustituyan lo que debe estar previsto en la norma. Conviene recordar que las sentencias del TS de fecha 23 de marzo de 2017 y de 20 de abril de 2017 anularon la interpretación realizada por la Sentencia Social de 4 de diciembre de 2015 (caso *Bankia*)⁴⁴, la Sentencia Social de 19 de febrero de 2016 (caso *Abanca*)⁴⁵ y la Sentencia Social de 6 de mayo de 2016 (caso *Banco de Sabadell*)⁴⁶, que establecían la ampliación de la obligación de registro de la jornada a todos los casos con independencia de la realización de horas extra así como de la Instrucción 3/2016 de la Inspección de Trabajo sobre la intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias aplicable a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial⁴⁷. Tras la doctrina fijada por el TS, la Instrucción n. 1/2017 rectificó la 3/2016 entendiendo que el registro horario de toda la plantilla no era una obligación exigible para las mercantiles⁴⁸ aunque dicha instrucción seguía sirviendo de referencia para la actuación inspectora en relación al tiempo de trabajo. En este contexto, la AN⁴⁹ ha elevado al TJUE tres cuestiones prejudiciales preguntando si los artículos 34 y 35 del ET contienen las medidas necesarias para

⁴³ Vid. por ejemplo, J.R. MERCADER UGUINA, *Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 25, 114-121; J.R. MERCADER UGUINA, *La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo: SAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo, idibem*, n. 27, 112-118; J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Intensificación del control en materia de tiempo de trabajo. ¿Ha ido la “praxis” administrativa más allá de la ley?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 403, 5 ss.; TS 23 marzo 2017, Rec. 8172016, y TS 20 abril 2017, Rec.116/2016.

⁴⁴ Sentencia Social n. 207/2015, AN, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec. 301/2015.

⁴⁵ Sentencia Social n. 25/2016, AN, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec. 383/2015.

⁴⁶ Sentencia Social n. 77/2016, AN, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec. 59/2016.

⁴⁷ «No es aceptable admitir la ausencia de registro por no realizarse horas extraordinarias por cuanto el registro diario de la jornada de trabajo es el presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias».

⁴⁸ Se considera aplicable la exigencia de registro horario, por no haber sido afectada por la nueva doctrina, en sectores como trabajos móviles en el transporte por carretera, la marina mercante y sector ferroviario y se mantiene la obligación de registro de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial y horas extraordinarias.

⁴⁹ Auto Social n. 3/2018, Rec. 252/2017, de 19 de enero de 2018.

garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen las normas europeas (Directiva 2003/88/CE) para los trabajadores a tiempo completo que no se comprometen de forma expresa a realizar horas extras; si la Directiva 2003/88/CE, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, son contrarias a los artículos 34 y 35 del ET y, por último, si dichos artículos garantizan el mandato europeo a todos los Estados miembros de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores. En este sentido, la AN entiende que la única forma de acreditar la realización de horas extraordinarias es el registro de la jornada de trabajo⁵⁰. En las observaciones formuladas por la Comisión Europea con ocasión de la cuestión prejudicial se acogen las tesis expuestas en su auto por la AN, así como también en gran medida en los votos particulares discrepantes de cinco magistrados y magistradas del TS a la sentencia de 27 de marzo de 2017. La CE afirma (apartado 57) que «está de acuerdo con el órgano jurisdiccional remitente en que dicho sistema es a todas luces insuficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Directiva, en la medida en que, en la práctica, deja íntegramente en las manos del empleador el registro de la realización, o no, de horas extraordinarias y no permite ni a los trabajadores, ni a sus representantes legales, ni a las autoridades laborales fiscalizar que la duración máxima del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso son respetados. De esta forma, se le está dando al empleador la posibilidad – y facilidad – de restringir los derechos de los trabajadores, en contra de lo dispuesto por la Directiva y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»⁵¹. El debate, desde luego, está abierto y mientras el TSJUE decide, en España, las circunstancias de provisionalidad política han propiciado la urgente regulación del registro obligatorio de la jornada de trabajo. De forma previa el pasado 17 de octubre el Congreso de los Diputados ya había aprobado la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, para la modificación del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores⁵². El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de

⁵⁰ [Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional \(España\) el 29 de enero de 2018 – Federación de Servicios de Comisiones Obreras \(CCOO\)/Deutsche Bank SAE \(Asunto C-55/18\)](#).

⁵¹ [Observaciones escritas por la Comisión Europea en el asunto C-55/18, 14 mayo 2018](#) (última consulta 30 enero 2019). También el Abogado General del TSJUE propone al Tribunal que declare que las empresas tienen la obligación de implementar un sistema de comprobación de la jornada laboral efectiva.

⁵² La propuesta comportaría el establecimiento para todo tipo de contratos de la obligación de registrar diariamente la jornada de trabajo, recogiendo el horario concreto de entrada y de salida de cada persona, así como el establecimiento del derecho a la

marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo⁵³ modifica el ET para incluir el registro obligatorio de la jornada de trabajo. Lo cierto es que ya se atisban algunas críticas a la obligación de registro al considerar que concibe el trabajo por cuenta ajena como una presencia de horas laborales en un espacio físico, más propio del siglo XIX que del siglo XXI en el que hay una menor incidencia del trabajo presencial y se concede más importancia a los objetivos y resultados del trabajo por lo que aunque esta fórmula puede ser útil en algunos sectores y empresas, su generalización puede crear problemas allí donde esta fórmula no es eficiente ni se adapta a sus condiciones de trabajo.

En efecto, a través del sistema de registro puede comprobarse el cumplimiento de la jornada laboral y también si se han realizado o no horas extraordinarias y, consecuentemente, si se está respetando el derecho al descanso de los trabajadores. El registro de la jornada de trabajo puede hacerse a través de medios manuales (firma del trabajador en soporte papel) o registros electrónicos (banda magnética, huella, medios electrónicos o informáticos). La vigilancia del correcto funcionamiento de la prestación laboral es uno de los tópicos más clásicos de las relaciones laborales y del Derecho⁵⁴. El uso de las nuevas tecnologías permite habilitar sofisticados medios para intensificar las posibilidades del empresario de control de la actividad laboral. Parece que la era de la economía 4.0 impone frente al control presencial el control tecnológico y con este último aumenta también el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores por el carácter más agresivo de estos mecanismos y por la pluralidad de derechos que pueden resultar afectados. En efecto, los medios de control tecnológico pueden

distribución regular de la jornada de trabajo.

⁵³ En *BOE*, 12 marzo 2019, n. 61. A través del artículo 10 del RD se modifica el texto refundido del ET para regular el registro de la jornada, a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. Con ello se facilita la resolución de las discrepancias en cuanto a la jornada, y en consecuencia, sobre el salario, y se sientan las bases para acabar con un elemento de precariedad de las relaciones laborales, reconociendo el papel de la negociación colectiva. El artículo 11 del RD modifica también el texto refundido de la LISOS, para tipificar como infracciones en el orden social las derivadas de incumplimientos relativos al registro de la jornada.

⁵⁴ R. TASCÓN LÓPEZ, *Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (Intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 415, 53-92.

utilizarse para supervisar el cumplimiento de la prestación laboral⁵⁵ pero también para garantizar el respeto de la jornada laboral y el derecho al descanso de los trabajadores. La geolocalización supone un sistema de control a través de GPS insertados en vehículos, Smartphone, tables u otros dispositivos que facilita información relativa a la ubicación, lo que es especialmente interesante para controlar la actividad del trabajador y el cumplimiento de sus obligaciones laborales en actividades en las que se utilicen vehículos o equipos comerciales⁵⁶. Un sistema biométrico es un método automático de identificación y verificación de un individuo utilizando características físicas (biometría estática) o características del comportamiento precisas (biometría dinámica)⁵⁷, de esta forma, a través de sistemas de tarjetas con bandas magnéticas o sistemas biométricos los empresarios pueden conocer si los trabajadores cumplen con la jornada establecida o pueden contabilizar la realización de horas extras. Ambos sistemas, como sus predecesores⁵⁸, han venido planteando dudas sobre su legitimidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales del trabajador⁵⁹, incertidumbres no resueltas con la publicación de la LO3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales⁶⁰. En efecto, la norma incluye en el ET el nuevo artículo 20 bis *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*⁶¹ pero no aporta

⁵⁵ En consonancia con lo que de modo genérico establece el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores así como el artículo 4.2, y respetando lo que reiteradamente ha establecido la jurisprudencia y ha sido analizado por la doctrina referente al respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores. Así, TEDH 12 enero 2016, n. 614/08; STC 170/2013, 7 octubre, o TSC 39/2016, 3 marzo. Entre la doctrina entre otros: F.Mª FERRANDO GARCÍA, *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 399, 40-55; D. MARTÍNEZ FONS, *El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa*, en M. LUQUE PARRA (coord.), *Relaciones Laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, 2005; J. THIBAUT ARANDA, *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, 2016.

⁵⁶ *Vid.*, entre otros, F.Mª FERRANDO GARCÍA, *op. cit.*, 40-55; D. PÉREZ DEL PRADO, *¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el dónde y el por qué*, en *Información Laboral – Jurisprudencia*, 2009, n. 10, 3-5.

⁵⁷ P. CORCORAN, C. IANCU, F. CALLALY, A. CUCOS, *Biometric Access Control for Digital Media Streams in Home Networks*, en *IEEE Transactions on Consumer Electronics*, 2007, vol. 53, n. 3.

⁵⁸ Sin pronunciamientos del TC aún sobre los sistemas de geolocalización o sistemas biométricos, la doctrina de suplicación viene aplicando los mismos parámetros que legitiman constitucionalmente otras fórmulas, en especial la videovigilancia.

⁵⁹ A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Geolocalización y control biométrico*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *op. cit.*, 45.

⁶⁰ En BOE, 6 diciembre 2018, n. 294.

⁶¹ «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales

ninguna novedad relevante desde el punto de vista práctico y no precisa, como se esperaba de tal instrumento legislativo, los estándares de protección del derecho a la intimidad. En lo referente a si el empleador puede establecer una prohibición absoluta del uso extralaboral de los dispositivos digitales o si debe respetar cierto uso privado⁶², el Documento de Trabajo del Grupo de Trabajo del artículo 29 (WP 55)⁶³ parece reconocer «cierta potestad al empresario para prohibir a los trabajadores todo uso privado de los mismos»⁶⁴. La prohibición del uso privado de los dispositivos digitales fuera del ámbito laboral podría ser también una forma de control de la realización de la jornada de trabajo, no realización de horas extraordinarias y respeto al deseado derecho a la desconexión digital. De hecho, en relación al registro de la jornada laboral en el ámbito del teletrabajo, la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016. Rec. 229/2015, ratificaba la condena a la empresa al pago de horas extraordinarias sobre la base de la inexistencia de control alguno sobre la jornada, estableciendo que ha de ser la propia empresa la que debe establecer las reglas de juego del control sobre el trabajador, sea un trabajador presencial o un teletrabajador.

4. Derecho a la desconexión digital. Previsión normativa: alcance y propuestas de futuro

El artículo 88 de la LO 3/2018 de 5 de diciembre sobre Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD) regula por primera vez en España el derecho a la desconexión digital en el ámbito

puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». Se modifica también en el mismo sentido el Estatuto Básico del Empleado Público (nueva letra j *bis* del artículo 14).

⁶² Asuntos *Barbulescu* (5 septiembre 2017, *Barbulescu c. Rumania*, TEDH/2017/61) y *Libert* (22 febrero 2018, *Libert c. Francia*, TEDH/2018/35) admitiendo un cierto uso privado de los dispositivos digitales.

⁶³ [Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo](#), 5401/01/ES/Final WP 55, 29 mayo 2002.

⁶⁴ «La cuestión es relevante pues si no se acepta que sea posible el establecimiento de tal prohibición absoluta, decaería la posibilidad de realizar controles ocultos, sin mediar información previa. Parece que tal posibilidad, admitida por la jurisprudencia nacional y práctica administrativa, debe descartarse atendiendo a la línea marcada por la sentencia *Barbulescu*» (M. MIÑARRO YANINI, *La "Carta de derechos digitales" de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 430, 8).

laboral de los trabajadores y empleados públicos a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar⁶⁵. La Disposición Final 13ª de la LOPDP introduce un artículo 20 bis en el ET en el que se reconoce el derecho de los trabajadores «a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

El ámbito natural de la regulación de la desconexión digital es, siguiendo la estela del ordenamiento jurídico francés, la negociación colectiva, que habrá de precisar el alcance de la desconexión⁶⁶. Se trata por tanto de un derecho cuya realización «está plenamente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo o acuerdo informal de empresa, y previsiblemente también en un pacto extraestatutario y en cualquier otra manifestación de la autonomía colectiva [67] [...]. lo que no obsta para que sea fundamentalmente la negociación colectiva estatutaria la que normalmente sirva de cauce a esta regulación» o que exista «la posibilidad de un acuerdo individual del trabajador con el empresario para el goce de este derecho establecido en la LOPDP»⁶⁸. Lo que no impone es un deber de negociar ni se ha optado por incluir esta cuestión en el contenido necesario del convenio⁶⁹.

No incluye tampoco la norma una definición del derecho a la desconexión

⁶⁵ La regulación del derecho a la desconexión digital tiene consideración de Ley ordinaria según la Disposición final primera de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

⁶⁶ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, *El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)*, en *Revista de Información Laboral*, 2016, n. 10, 7 ss.

⁶⁷ Sin incluirse, ello no obstante, un deber de negociar. Resulta destacable el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 que aborda nuevas problemáticas del mercado laboral, entre ellas, el derecho a la desconexión digital a la finalización de la jornada. En este sentido, M^ªT. IGARTUA MIRÓ, *El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 432, 77, considera que va a resultar más eficaz el impulso desde los acuerdos interprofesionales o las recomendaciones y la formación de los negociadores en este terreno.

⁶⁸ A. BAYLOS GRAU, *Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivadas de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España*, en *Ciudad del Trabajo*, 2019, n. 14, 158.

⁶⁹ R. TASCÓN LÓPEZ, *El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)*, en *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 41.

digital aunque la finalidad del mismo, como no podía ser de otra forma, es garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permiso y vacaciones, así como de su intimidad personal y laboral. Ante el deber de abstención por parte del empresario, se ha dudado de si estamos ante un derecho o ante un derecho-deber del trabajador, reconociéndose que aunque no parece posible penalizar al trabajador por incumplimiento de sus deberes relativos a la desconexión resultará difícil satisfacer el derecho si no se cuenta con la colaboración del trabajador⁷⁰. La obligación empresarial, de inexcusable cumplimiento, tendrá que ser implementada en las empresas, independientemente de su actividad o tamaño y su omisión podrá encontrar encaje sancionador al albur de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁷¹.

Asimismo, establece que será el empleador, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, quién deba elaborar una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática⁷² aunque no se desarrollan tampoco las modalidades de ejercicio de dicho derecho se precisa que atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Dicha previsión en la negociación colectiva pretende atender a la realidad productiva y a las distintas necesidades organizativas de las empresas⁷³. Se

⁷⁰ M^{ra}T. IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 70.

⁷¹ S. ZAMORA, *Desconexión digital ¿novedad o anécdota?*, en *Diario La Ley*, 2019, n. 9363, 84. Igartua menciona, en este sentido, el artículo 7.5 de la LISOS (relativo a la transgresión del tiempo de trabajo); artículo 12.1 de la misma norma referente a la evaluación de riesgos o la realización de las actividades de prevención que hicieran necesario los resultados de las evaluaciones; artículo 8.11 (actos del empresario contrarios al respecto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores).

⁷² A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, 158, señala que «No basta con un “código de conducta interno” para la puesta en práctica de esta política, sino que este texto deberá necesariamente ser acordado con los representantes de los trabajadores en coherencia con el mandato legislativo relativo a la regulación del derecho a la desconexión, que está estrechamente ligado con el supuesto de la llamada “fatiga informática”».

⁷³ E. ROJO TORRECILLA, *Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Notas al título X*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 6 diciembre 2018 (último acceso 30 enero 2019).

deja pues, en manos del empresario la puesta en marcha de la política, eso sí, de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo o acuerdo de empresa y previa audiencia a los representantes⁷⁴. En particular, establece que se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Reflexiona Igartua que habría que hacer, al menos, una tipología del derecho a la desconexión acorde con la necesidad de regular las modalidades de ejercicio divididas entre trabajadores presenciales, a distancia o parcialmente a distancia; trabajadores con horario regular, flexible o con capacidad de autogestión del tiempo de trabajo⁷⁵. Sin carácter necesario pero sí importante a efectos didácticos, la norma hace una referencia a que la política interna de la empresa debe ir también dirigida a los directivos, normalmente más hiperconectados y con mayores dificultades para la desconexión bien por su propio rol bien por la asunción de determinadas responsabilidades⁷⁶. Aunque la previsión normativa carece de un enfoque preventivo sí se refiere a la necesidad de evitar la fatiga informática⁷⁷. En todo caso, parece que la desconexión podría no ser absoluta ya que al igual que en la legislación francesa se refiere a pactar las condiciones de “uso razonable” de los dispositivos digitales en el ámbito laboral⁷⁸ por lo que las acciones de formación y sensibilización son especialmente importantes para garantizar el derecho al descanso. En este mismo sentido, parece que la legislación no apuesta por políticas más agresivas para su efectividad como, por ejemplo, podría ser registrar el encendido y apagado de los ordenadores.

Se ha señalado que el derecho a la desconexión digital en un derecho que no aporta en los casos en los que «el cumplimiento estricto de la regulación de la jornada y horario de trabajo ya facilitaría considerablemente y haría posible la desconexión que ahora aparece como una realidad laboral a la que es necesario dar cobertura»⁷⁹ y aunque ello es así, también lo es que en otros muchos casos en los que no ha existido tal

⁷⁴ Frente a la regulación francesa en la española hay libertad de forma.

⁷⁵ La política interna ha de adoptarse en todo caso y podría estar integrada en la propia política de prevención de riesgos laborales obligatoria de la empresa. *Vid.* M^ºT. IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 69 y 84.

⁷⁶ *Ibidem*, 69.

⁷⁷ M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, 13, añade que, en este caso, la Ley debiera haber previsto su inserción en la Ley de Prevención de riesgos laborales, puesto que al tratarse de un nuevo riesgo laboral debe activarse el sistema preventivo, evaluación y planificación.

⁷⁸ P. CHARRO BAENA, *op. cit.*, 24.

⁷⁹ E. ROJO TORRECILLA, *op. cit.*

registro de la jornada de trabajo es una forma de garantizar el derecho al descanso y en todo caso, de incidir en la consecución del derecho a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral y a la corresponsabilidad ante el poco éxito de las medidas establecidas al efecto. En este sentido, recordar que las políticas europeas de *work life balance* evidencian la necesidad de desarrollar iniciativas legislativas que aborden desde una perspectiva multidisciplinar el tiempo como eje articulador de la vida laboral y cotidiana⁸⁰ En España existe una proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable⁸¹ basada en la necesidad de garantizar un reparto equitativo de tiempos de trabajo y de cuidado, así como un efectivo derecho a la adaptación del trabajo a la persona, a la desconexión del trabajo y, en definitiva, a facilitar la conciliación y corresponsabilidad entre la vida personal, familiar y laboral, así como la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres teniendo en cuenta, como explica la misma, que el tiempo de trabajo ha sido abordado hasta ahora en nuestro país como un instrumento para el incremento de la flexibilidad empresarial y no desde una perspectiva respetuosa con el cuidado y la corresponsabilidad. Las políticas de conciliación y corresponsabilidad de nueva generación ponen el énfasis en la corresponsabilidad y en la distribución igualitaria de los roles de la vida, no solo en el ámbito laboral sino también en los ámbitos personal y familiar (descanso, ocio, formación deporte, familia, etc.) para los que la persona necesita disponer de tiempo. Esta ley sobre tiempo de trabajo o sobre presencia en el trabajo parte de una obligación de registro de la jornada de trabajo y establece que para su efectividad será preciso acompañar a las medidas propuestas de políticas públicas sobre racionalización de horarios. Por último, destacar, dos recientes modificaciones legislativas que, precisamente, contribuyen tanto a una política de conciliación más corresponsable como al control del tiempo de trabajo. El Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trabajo y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁸² modifica la LOI y extiende la obligación de elaborar planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores y la obligación de inscribirlos en el registro que se desarrollará reglamentariamente, además, se tipifica mejor el tipo infractor correspondiente al incumplimiento de las obligaciones empresariales

⁸⁰ C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo*, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 2, 1201.

⁸¹ 122/000299, cit.

⁸² En *BOE*, 7 marzo 2019, n. 57.

relativas a los planes y medidas de igualdad⁸³. El ET es reformado por el artículo 2 del RD y plantea, resumidamente, remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como establecer expresamente el derecho del trabajador a la remuneración correspondiente a su trabajo, planteando la igualdad de remuneración sin discriminación. Una de las medidas más importantes y avanzadas desde el punto de vista de corresponsabilidad que incorpora el RD es la equiparación de forma progresiva de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Se crea también una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante. Además de estas medidas el Gobierno anuncia que reforzará las políticas públicas destinadas a la atención y cuidados de los y las menores así como de las personas en situación de dependencia⁸⁴. Por otro lado, como ya se ha mencionado en este texto, el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo incorpora el registro obligatorio de la misma⁸⁵.

El derecho a la desconexión digital garantiza, en resumen, el viejo derecho al descanso que se materializa en conseguir diferenciar de forma adecuada la vida laboral, familiar y personal. Pero, ¿para ese viaje de regreso al clasicismo jurídico necesitamos estas alforjas esnobistas o a la moda de la

⁸³ Modificando al efecto el texto refundido de la LISOS.

⁸⁴ Ello incluirá actuaciones como la elaboración de un plan de universalización de la educación de 0-3 años, conjuntamente con las Comunidades Autónomas que tienen competencia en esta materia, de forma que esta etapa se incorpore al ciclo educativo en una red de recursos integrada, pública y gratuita, o a la mejora de los servicios y la cobertura del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

⁸⁵ Se modifica el apartado 7 del artículo 34 del ET, que queda redactado de la siguiente manera. «El Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajo y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran». Se añade un nuevo apartado 9 al artículo 34: «La empresa garantizará el registro diario de la jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a los que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

era digital⁸⁶. Cuando las medidas propuestas hasta ahora en el ámbito de la conciliación han fracasado, cuando los trabajadores realizan un preocupante número de horas extraordinarias no remuneradas⁸⁷, o cuando la salud se ve afectada por la falta de desconexión⁸⁸ parece que sí ha sido necesaria la regulación del derecho a la desconexión digital, aunque es cierto que no es suficiente con reconocerlo sino que tiene que ir acompañado de medidas legislativas y políticas que faciliten su ejercicio⁸⁹. Un adecuado registro de la jornada de trabajo sin duda parece que puede contribuir a la consecución de dicho objetivo, unido, por supuesto, a una modificación de las tradicionales medidas de conciliación de primera generación por verdaderas medidas de corresponsabilidad de segunda generación. El uso de las TIC fuera del horario de trabajo y la sensación de un deber constante de disponibilidad ha difuminado aún más las fronteras entre la vida personal y la vida profesional generando, además, trabajo extraordinario no remunerado amén de aumentar los riesgos para la salud y la calidad de vida en el trabajo⁹⁰. En aquellos casos en los que hay una menor incidencia del trabajo presencial y se concede más importancia a los objetivos y resultados del trabajo será aún más necesaria la concienciación en la necesidad de separar ambas fronteras y la auto organización para poder disfrutar de la vida personal y hacerlo de forma corresponsable. Para ello es fundamental el recurso a las acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos

⁸⁶ M^ªR. VALLECILLO GÁMEZ, *op.cit.*, 172. Vid. también C. MOLINA NAVARRETE, *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, 249 ss.

⁸⁷ Según datos del INE correspondientes al cuarto trimestre del año 2018, los asalariados en España realizan cada semana un total de 2.962 horas extraordinarias no remuneradas por las empresas.

⁸⁸ El informe meetling visibiliza la problemática que da origen al reconocimiento del derecho a la desconexión en la legislación francesa: trabajadores continuamente conectados y los efectos que ello provoca en su salud.

⁸⁹ Ya razonaba F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, 33, en relación a la propuesta francesa que «el mero hecho de no regular los derechos de desconexión, de brindarles una ordenación lábil o de formular preceptos anómicos, son evidencias muy sintomáticas de la beligerancia de cada legislador respecto de cada modelo de desconexión. Su abordaje mediante cláusulas asépticas con fórmulas de reenvío a lo estatuido a título individual o colectivamente sin recabarse un soporte claro que concrete las condiciones del trabajador digital, desdibujan la proyección ideal de lo que se ofrece y acepta».

⁹⁰ F. LIBERAL FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 28. Considera M^ªT. IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 71, que el derecho debiera haberse enmarcado en reformas más profundas de la regulación del tiempo de trabajo, abordando las cuestiones más complejas de la ordenación flexible (bidireccional) del tiempo de trabajo y del propio control y registro del mismo y conectado en mejor modo con la tutela preventiva en las empresas.

digitales, esto es, educar en el uso de las nuevas tecnologías y sus riesgos. En todo caso, es importante destacar que estas acciones de sensibilización y formación deben ser generales y no sólo en estos casos en los que es más difícil el control de la jornada de trabajo. Las medidas más extremas como la retirada del aparato facilitado por la empresa, desconexión total y automática, bloqueo de acceso a herramientas digitales o periodos de siesta digital debieran ser subsidiarias y utilizadas sólo en supuesto de fracaso del deber de colaboración del trabajador⁹¹.

5. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO R., CRISTÓBAL RONCERO R., *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica*, en www.ilo.org/madrid, 23 marzo 2017
- ALEMÁN PÁEZ F., *El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 30
- BAYLOS GRAU A., *Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivadas de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España*, en *Ciudad del Trabajo*, 2019, n. 14
- CHACARTEGUI JÁVEGA C., *Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo*, en *Relaciones Laborales*, 2006, n. 2
- CHARRO BAENA P., *Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos, 2017
- CORCORAN P., IANCU C., CALLALY F., CUCOS A., *Biometric Access Control for Digital Media Streams in Home Networks*, en *IEEE Transactions on Consumer Electronics*, 2007, vol. 53, n. 3
- DE LA PUEBLA PINILLA A., *Geolocalización y control biométrico*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M.R. REDINHA (dirs.), *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, Universidad Rey Juan Carlos, 2017
- DE STEFANO V., *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, ILO Conditions of Work and Employment Series, 2016, n. 71
- ETUC, *The Working Time Directive: Limitation of working hours and more influence of workers. for healthier working lives*, ETUC Position, 2010

⁹¹ M^ªT. IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 82.

- ETUC, [*ETUC Resolution. The Working Time Directive: Limitation of working hours and greater influence of workers for the benefit of healthier working lives*](#), 2011
- ETUC, [*Los derechos fundamentales y la Directiva sobre el tiempo de trabajo*](#), Hoja informativa, 2011
- EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, [*Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations*](#), 2017
- FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *Intensificación del control en materia de tiempo de trabajo. ¿Ha ido la “praxis” administrativa más allá de la ley?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 403
- FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *Cronorreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 421
- FERRANDO GARCÍA F.Mª, *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 399
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGUINA J.R., *El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)*, en *Revista de Información Laboral*, 2016, n. 10
- GONZÁLEZ COBALEDA E., *Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: Una perspectiva de protección diferente*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 387
- IGARTUA MIRÓ MªT., *El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 432
- LIBERAL FERNÁNDEZ F., *Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, M.R. REDINHA (dirs.), [*Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*](#), Universidad Rey Juan Carlos, 2017
- MARTÍNEZ FONS D., *El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa*, en M. LUQUE PARRA (coord.), *Relaciones Laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, 2005
- MELLA MÉNDEZ L., *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16
- MERCADER UGUINA J.R., *Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 25
- MERCADER UGUINA J.R., *La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo: SAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2016, de 6 de mayo*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 27

- MIÑARRO YANINI M., *La “Carta de derechos digitales” de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 430
- MOLINA NAVARRETE C., *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138
- OIT, *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I
- PÉREZ DEL PRADO D., *¿Puede el empresario controlar a sus trabajadores mediante dispositivos GPS? Algunas notas sobre el cómo, el dónde y el por qué*, en *Información Laboral – Jurisprudencia*, 2009, n. 10
- ROJO TORRECILLA E., [Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Notas al título X](http://www.eduardorojotorrecilla.es), en www.eduardorojotorrecilla.es, 6 diciembre 2018 (último acceso 30 enero 2019)
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., REDINHA M.R. (dirs.), [*Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*](#), Universidad Rey Juan Carlos, 2017
- TASCÓN LÓPEZ R., *Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (Intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 415
- TASCÓN LÓPEZ R., *El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)*, en *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 41
- THIBAUT ARANDA J., *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, 2016
- TORNS T., *Las políticas de tiempo y el bienestar cotidiano*, en AA.VV., [*Las familias y sus necesidades y retos en el actual entorno social y económico: respuesta de los poderes públicos*](#), Ararteko, 2015
- VALLECILLO GÁMEZ M^ªR., *El derecho a la desconexión. ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408
- ZAMORA S., *Desconexión digital ¿novedad o anécdota?*, en *Diario La Ley*, 2019, n. 9363

El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco*

Nerea EREÑAGA DE JESÚS**

RESUMEN: El objetivo principal de este artículo es analizar el impacto que la innovación tecnológica ha tenido sobre el trabajo en general, y la repercusión que las nuevas formas de organización como el teletrabajo han tenido sobre el tiempo de trabajo y su control en particular. Para ello, se estudian los conceptos mencionados con el fin de delimitar su noción, y posteriormente, se comprueba su regulación en las cláusulas de los convenios colectivos vigentes en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV).

Palabras clave: Teletrabajo, digitalización, control del tiempo, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El trabajo en la era digital: el impacto de la digitalización sobre las relaciones laborales. 3. El teletrabajo. 3.1. Regulación actual. 3.2. El tiempo de trabajo efectivo en el teletrabajo y su control. 3.3. El teletrabajo en la negociación colectiva de la CAPV en 2017. 4. Bibliografía.

* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto *Digitalización y Trabajo: el impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social*. DER2017-82444-R.

** Profesora de Derecho Social e Investigadora del equipo de investigación EDISPe, Universidad de Deusto (España).

The Control of Working Time in Teleworking: a Vision from the Collective Bargaining in the Autonomous Community of the Basque Country

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the impact that technological innovation has had on work in general, and the repercussion that new forms of organization, such as teleworking, has had on working time and its control in particular. For this reason, the article studies the mentioned concepts in order to delimit their notion, and subsequently, checks its regulation in the collective agreements in force in the Autonomous Community of the Basque Country (CAPV).

Key Words: Teleworking, digitalization, working time control, collective bargaining.

1. Introducción

El teletrabajo se regula en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)¹. Tal y cómo establece dicho precepto, el teletrabajo es una forma de trabajo que permite a la persona trabajadora llevar a cabo la prestación de la actividad laboral en un modo preminente desde su propio domicilio o en un lugar que libremente haya elegido de manera alternativa al desarrollo de su actividad profesional presencial en el centro de trabajo de la empresa. La característica primordial para facilitar y llevar a cabo la prestación laboral fuera del centro de trabajo habitual es su realización mediante la implicación de las nuevas tecnologías. Cuestión que para autores como Belzunegui Eraso ha supuesto el planteamiento de si el teletrabajo es una herramienta que ha generado un cambio organizacional en la empresa, es decir, si es una forma de organización que ha conllevado la sustitución de la lógica tradicional del trabajo².

Por lo tanto, es una herramienta para que la persona trabajadora no se desplace a su centro de trabajo, ya que, actualmente, por medio de las tecnologías de la información es habitual que las personas hagan uso de éstas para estar en contacto con el personal de su misma empresa, trabajar directamente sobre un plataforma online o enviar contenido de su prestación laboral, flexibilizando la estructura organizativa de la empresa³.

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en *BOE*, 24 octubre 2015, n. 255.

² Á. BELZUNEGUI ERASO, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, Consejo Económico y Social, 2002, 210.

³ El artículo 13 del ET sobre el trabajo a distancia establece concretamente: «1. Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. 2. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 para la copia básica del contrato de trabajo. 3. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los

Teniendo en cuenta las características explícitas de esta modalidad contractual, el ET ampara de manera específica que las personas trabajadoras que trabajen bajo la misma tienen los mismos derechos reconocidos a las personas trabajadoras asalariadas que prestan sus servicios de manera presencial, es decir, respecto a la necesidad de formalizar el contrato de trabajo por escrito, derechos de índole retributiva, derechos en relación a la formación profesional, en materia de prevención de riesgos laborales o de representación colectiva, entre otros. Y es que si bien, el teletrabajo es susceptible de adaptación a la flexibilidad que exige el funcionamiento del mercado, estas características pueden dotar de una mayor dependencia e inseguridad al mercado de trabajo⁴.

Ante esta situación, puede resultar difícil delimitar el control legal y tecnológico del teletrabajo en la era digital, donde la innovación tecnológica ha generado oportunidades pero también amenazas, ya que una situación tecnológica no controlada lo suficientemente puede conllevar una conectividad y control continuo hacia las personas trabajadoras y su trabajo⁵.

2. El trabajo en la era digital: el impacto de la digitalización sobre las relaciones laborales

La evolución de las nuevas tecnologías y su aplicación en el ámbito profesional ha permitido la digitalización del trabajo, de manera que, el contenido de trabajo puede ser transferido a formatos digitales y electrónicos.

Todo ello ha supuesto una transformación para las propias empresas y para las formas en las que en ellas se trabaja. Una de las principales características del desarrollo de la actividad profesional era precisamente la

trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo. 4. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo. 5. Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa».

⁴ C. DE LA CÁMARA ARILLA, *El teletrabajo, un indicador de cambio en el mercado de trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2000, n. 17, 228.

⁵ G. CEDROLA SPREMOLLA, *El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales*, en *esta Revista*, 2017, n. 1, 7.

presencia en la empresa o centro de trabajo, por lo que la nueva situación tecnológica y organización digital ha tenido un impacto ineludible sobre las personas trabajadoras que mediante el teletrabajo pueden estar de manera continua conectadas con su trabajo, sus funciones, e interactuar de manera permanente con sus compañeros/as y superiores o clientes.

Así pues, «no se puede pensar en mantener estructuras estáticas y rígidas en las sociedades, debido a que existen cambios fundamentales en las actividades diarias y cotidianas»⁶. Los cambios y modificaciones parten de un uso predominante de las TIC, a saber, este es el elemento distintivo, que supone claramente, el origen de los cambios organizacionales. Y es que «hablar de tecnología supone referirse al progreso técnico, y en adición, supone apreciar los impactos que aquel puede configurar respecto de las condiciones de vida y de trabajo»⁷.

En este sentido, el cambio sobre la organización del trabajo que surge a raíz del uso de las TIC conlleva ineludiblemente una descentralización del trabajo, puesto que permite externalizar actividades que habitualmente tienen lugar y se desarrollan dentro de la empresa⁸.

En otras palabras, estos cambios tecnológicos inciden en la estructura de la empresa y el mercado de trabajo. El teletrabajo descentraliza físicamente la actividad profesional, lo que permite que se consolide un nuevo modelo de organización basado en la autonomía de la persona trabajadora, que a su vez, incide en una variabilidad de las condiciones laborales en lo que respecta a la cantidad y a la distribución del tiempo de trabajo y de las funciones que se llevan a cabo⁹.

Sin embargo, este aumento de autonomía, como se comprobará a continuación, exige nuevos modelos de control de la prestación laboral. El poder de control empresarial sobre el teletrabajo se traduce en la necesidad de establecer nuevos límites al empresario, y es que surgen nuevos retos como base para mantener un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad.

⁶ L. OSIO HAVRILUK, *El Teletrabajo: Una opción en la era digital*, en *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, 2010, n. 5, 95.

⁷ G. CEDROLA SPREMOLLA, *op. cit.*, 4.

⁸ M. JEFFERY, *Derecho del trabajo en la sociedad de la información*, en M. PEQUERA POCH (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, UOC, 2005, 210.

⁹ E.M. SIERRA BENÍTEZ, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, 42.

3. El teletrabajo

3.1. Regulación actual

El teletrabajo está regulado en el artículo 13 del ET y facilita que la actividad laboral se realice mediante la implicación de las nuevas tecnologías en un lugar diferente al centro de trabajo de la empresa, que normalmente es el domicilio de la propia persona trabajadora u otro lugar libremente elegido por ésta. El trabajo a distancia, que es como lo define la redacción actual del ET, se aleja de la figura del contrato de trabajo a domicilio que se recogía en el antiguo artículo 13 del ET (en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores)¹⁰, ya que actualmente no se considera una modalidad contractual, sino más bien una forma de trabajo que encaja en los términos jurídicos establecidos por el nuevo precepto.

Asimismo, el teletrabajo se puede definir como una forma de trabajar para que la persona trabajadora no se desplace a su centro de trabajo puesto que las tecnologías de la información permiten una conexión directa e incluso compartir y enviar contenido de trabajo realizados en un lugar de trabajo a otros en los que la persona receptora de los mismos se encuentre.

El teletrabajo capacita a la persona trabajadora para que organice su actividad profesional en función de sus responsabilidades (personales o familiares), y por lo tanto, le permite adaptar su horario de trabajo a las mismas, en tanto supone «una forma de organización y realización del trabajo distinta»¹¹.

El objeto final o fin de la regulación del teletrabajo resulta muy amplio. Así pues, algunos estudios lo regulan como instrumento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es decir, lo conciben como medida expresamente conciliatoria. De hecho, parte de la Doctrina cree en su potencial para coadyuvar a la conciliación tal fin¹². Sin embargo, en otras ocasiones, el teletrabajo únicamente se ha reconocido como herramienta

¹⁰ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en BOE, 14 marzo 1980, n. 64, 5799-5815.

¹¹ J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social, 2000, 31.

¹² J.C. GARCÍA QUIÑONES, *La organización del tiempo de trabajo y descanso y la conciliación en el teletrabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (ed.), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Aranzadi, 2016, 129-170; R.Y. QUINTANILLA NAVARRIO, *Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 133, 343-368.

para que la persona trabajadora pueda continuar prestando su actividad profesional cuando ésta no puede acudir físicamente al centro su centro de trabajo habitual debido a algún tipo de incapacidad, o también como una modalidad contractual que caracteriza la relación laboral desde su inicio debido a las peculiaridades de una actividad o un sector determinado donde la empresa presta servicios.

3.2. El tiempo de trabajo efectivo en el teletrabajo y su control

Los impactos de la digitalización no solo se han dado sobre la forma de trabajar, sino que también sobre la manera en la que se organiza el trabajo o en la que se controla el tiempo de trabajo efectivo.

De hecho, recientemente, el Gobierno ha aprobado la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo¹³ que ha modificado la redacción del artículo 34 del ET. El precepto insta a las empresas de realizar un registro diario de la jornada de trabajo de las personas trabajadoras que llevan a cabo su prestación laboral en la empresa, en el cual tiene que constar el horario de inicio y finalización de trabajo de cada una de ellas sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. En otras palabras, todas las empresas deben registrar todos los días la jornada que realiza su plantilla.

Si bien es cierto que a tenor de la nueva norma el registro y su forma quedan al amparo de la dirección de la empresa, ésta tiene que consultarlo con la representación de las personas trabajadoras o respetar el contenido del convenio de aplicación o el acuerdo pactado entre las partes en esta materia.

Obviamente, el teletrabajo y las personas que trabajan de esta forma no quedan exentas de los mismos. Así pues, la nueva norma también se extiende a las personas que realizan su actividad profesional mediante el teletrabajo, ya que el precepto no establece diferencia alguna para estos casos, por lo que se entiende que el registro diario es indispensable en el caso de las personas que teletrabajan.

Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que el tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del

¹³ Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, en *BOE*, 12 marzo 2019, n. 61.

mismo, por esta razón, el control del ejercicio laboral a distancia puede llevarse a cabo mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red¹⁴. En esta línea, partiendo del derecho de a la protección eficaz en materia de seguridad y salud que reconoce el artículo 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)¹⁵, el empresario debe respetar los límites de jornada y descansos a pesar de que la persona trabajadora preste su trabajo en su domicilio. A saber, en estos casos corresponde a la empresa establecer las pautas e indicaciones necesarias sobre el tiempo de trabajo de manera que se garantice el cumplimiento de los límites de jornada y descansos.

Además, cuando el trabajo se realice desde casa y con conexión a internet, «el control del ejercicio laboral por medio de la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet de la empresa y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral»¹⁶.

Con todo, la sentencia declara que si la empresa ha establecido pautas concretas y claras sobre el tiempo de trabajo que son respetuosas con la regulación legal acerca de la jornada y los descansos por un lado, y también ha establecido de acuerdo con el trabajador/a, instrumentos de declaración y control del tiempo de teletrabajo por el otro, «es posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo» de otra manera, «sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegaldad en el trabajo a distancia y en el domicilio».

Por lo que se deduce que la jurisprudencia ha sido bastante favorable a la no consideración de invasión por parte de la empresa del espacio protegido donde se lleva a cabo el trabajo a distancia.

3.3. El teletrabajo en la negociación colectiva de CAPV en 2017

En este contexto, se realiza un análisis cuantitativo y cualitativo del

¹⁴ Concretamente, en TSJ Castilla y León, Valladolid, 3 febrero 2016, Sala de lo Social, Sección 1ª, AS 2016\99.

¹⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en *BOE*, 10 noviembre 1995, n. 269.

¹⁶ TSJ Castilla y León, Valladolid, AS 2016\99, cit.

teletrabajo en la negociación colectiva de la CAPV en 2017. El objetivo de este análisis es conocer el tratamiento que la negociación colectiva de la CAPV realiza al teletrabajo en el año 2017. De manera más concreta se estudia la regulación del teletrabajo en los convenios colectivos, si su regulación se limita a reproducir la legislación laboral estatal, o si su reconocimiento impulsa y fomenta nuevos aspectos del mismo, entre otros, el control del tiempo de trabajo. Para ello, se estudia en qué modo se regula el teletrabajo en los convenios colectivos tanto de empresa como de sector y en los convenios colectivos estatales que tienen incidencia en la CAPV en el año 2017. Con tal fin, se estudia el teletrabajo desde un enfoque cuantitativo y cualitativo. Para ello, se parte de los convenios colectivos de sector y de empresa en vigor, tanto provinciales, como interprovinciales y de ámbito estatal con incidencia en Euskadi en el año 2017.

Así, se pretende detectar cuántos convenios colectivos regulan el teletrabajo, cuantos se limitan a repetir los mínimos establecidos por la ley en el ET y cuantos desarrollan lo establecido por la norma estatal. Ello permite acercarse a los convenios más novedosos que introducen una regulación propia del teletrabajo y establecen pautas para el control del tiempo de trabajo.

En 2017 la población asalariada sujeta a acuerdos de negociación colectiva en la CAPV es de 572.902 personas. Sobre este número 414.890 personas trabajadoras están sujetas a convenios de la CAPV, mientras que 158.012 lo están a convenios estatales. De ahí que la negociación colectiva de la CAPV ampare a un mayor número de personas por medio de los convenios de ámbito de ámbito autonómico¹⁷.

En el año 2017 la CAPV cuenta con 653 convenios en vigor. El teletrabajo sólo tiene lugar en un 5,05% de los convenios colectivos. Por lo que se puede afirmar que la negociación del teletrabajo no es una de las prioridades en los procesos de negociación actuales de la CAPV. Tampoco lo ha sido en los últimos años, ya que si se tiende a los convenios colectivos en vigor en los años inmediatamente anteriores, así como 2015 y 2016, se observa que en el año 2015 de los 633 convenios colectivos en vigor el teletrabajo se regulaba en el 4,89% de ellos, y entre los 648 convenios colectivos vigentes en 2016 únicamente el 4,77% lo hacía. Por lo tanto, si bien la presencia del teletrabajo ha aumentado mínimamente en los últimos años, su figura sigue siendo, a día de hoy, poco representativa.

En lo que respecta al ámbito territorial de los convenios, el teletrabajo

¹⁷ CRL-LHK, *Situación sociolaboral en Euskadi. Avance resultados 2017*, 2018, 13.

tiene una mayor consideración en los convenios estatales. Tiene una mayor presencia en estos que en los convenios interterritoriales o provinciales, siendo los convenios de Álava los que cuentan con una menor regulación del teletrabajo (Cuadro 1).

Cuadro 1 – El teletrabajo en la negociación colectiva de la CAPV en 2017 por ámbito territorial

| Territorio | CC en vigor 2017 | Regulación del teletrabajo |
|------------------|------------------|----------------------------|
| BIZKAIA | 193 | 2,6% |
| GIPUZKOA | 149 | 1,3% |
| ALAVA | 94 | 1,06% |
| INTERTERRITORIAL | 13 | 7,69% |
| ESTATAL | 204 | 11,76% |

En cuanto al ámbito funcional donde la negociación colectiva tiene lugar, los convenios de sector cubren a un mayor número de personas trabajadoras que los de empresa, sin embargo, los de sector son muchos menos que los de empresa atendiendo al total de convenios de la CAPV. Con todo, en 2017, los convenios sectoriales no se caracterizan por incorporar el teletrabajo a sus cláusulas, y los de empresa tampoco. Pero a pesar de ello, son estos últimos donde mayor presencia tiene el teletrabajo (Cuadro 2).

Cuadro 2 – El teletrabajo en la negociación colectiva de la CAPV en 2017 por ámbito funcional

| Territorio | CC en vigor 2017 | Regulación del teletrabajo |
|------------|------------------|----------------------------|
| SECTOR | 106 | 2,83% |
| EMPRESA | 547 | 5,48% |

En resumen, desde una perspectiva cuantitativa, las cláusulas relativas al teletrabajo se sitúan en porcentajes muy bajos y el teletrabajo es una medida con poca representación en la negociación colectiva de 2017.

Desde una perspectiva cualitativa, tendiendo a los convenios colectivos y sus cláusulas, se observa que el tratamiento que estos hacen del teletrabajo es en muchas ocasiones solamente recomendatorio, a saber, existen varios

convenios que sin llegar a configurar esta forma de trabajo lo que hacen es recomendar su uso con fines conciliatorios. Ese carácter puramente recomendatorio también se deduce en los convenios colectivos que únicamente consideran el potencial del teletrabajo por medio de una declaración de intereses o incluso reconociendo la posibilidad de implantarlo en un futuro, asegurando dicha implementación tras la elaboración de los estudios correspondientes para comprobar su viabilidad¹⁸.

Por esta razón, la regulación del teletrabajo en los convenios de la CAPV responde de manera general a una simple intencionalidad, puesto que en los casos en los que son muy pocos los que lo llegan a regular de manera exhaustiva. Y es que ni siquiera establecen unas condiciones de acceso determinadas, los grupos profesionales que tienen acceso al mismo, la modalidad en qué se puede realizar, es decir, a tiempo parcial o a tiempo completo, o por ejemplo, tampoco designan un órgano encargado para el seguimiento y la supervisión del mismo¹⁹, sino que aludiendo al artículo 13

¹⁸ Entre otros, *vid.* los artículos 24 del CC de la empresa Lorra Sociedad Cooperativa, 15.5.4 del CC de la empresa Centro de Cálculo de Álava SA, 11 del CC de la empresa ITTEN Herriekin Lan Egiten SA, 10 del CC de la empresa Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU, 32 bis del IV CC de la empresa Retevisión I SAU que vienen a disponer únicamente de un compromiso empresarial para crear y formar una comisión relativa al teletrabajo o *vid.* la disposición transitoria primera del IV CC de la empresa Tradia Telecom SAU que crea una comisión específica del teletrabajo para estudiar el mismo y su posible implementación atendiendo a su coyuntura empresarial. *Vid.* el artículo 15.5.4 del Convenio colectivo para la empresa Centro de Cálculo de Álava SA o el artículo 24 del Convenio Colectivo de la Empresa Euskaltel SA que establece que «se consensuará, en el plazo de seis meses, un texto que suponga un paso adelante en la realización de un plan de teletrabajo en el marco de vigencia del Tercer Convenio. Los pilares básicos para la implantación del teletrabajo serán la voluntariedad y la viabilidad técnica y organizativa».

¹⁹ Esto sí se hace en los artículos 55.1 del CC de la empresa Consorcio de aguas de Bilbao, 19.c del CC de la empresa Ibermática SA, 10 bis del XVIII CC estatal General de la Industria Química o en el artículo 10 del CC de la empresa Woko Técnica SA. Pero sin duda la configuración más completa del teletrabajo se encuentra en el III CC de la empresa Orange Espagne SAU (antes France Telecom España SAU) donde tras su reconocimiento en el artículo 38 se establece un capítulo entero al desarrollo completo del mismo que comprende el objeto del teletrabajo, las condiciones de acceso al mismo, el lugar de realización, la jornada y el horario laboral, otras condiciones y derechos y los medios y facilidades para su ejercicio. O en el CC de empresas vinculadas a Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles España SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU en su Anexo V regula qué tipo de actividades son compatibles con esta modalidad, el procedimiento para su petición y reconocimiento, duración, retribución y derechos. Sin duda, el ejemplo más completo de la configuración total del teletrabajo la encontramos en el XII CC de la empresa Repsol Química SA. Este en su artículo 43.6 desarrolla el teletrabajo con un fin únicamente conciliatorio. En este sentido

del ET recogen solamente su contenido²⁰.

Así, por ejemplo, en el caso del convenio colectivo de la empresa Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia se reconoce el teletrabajo cuando así lo solicite la propia persona trabajadora o cuando lo proponga la empresa con el objetivo específico de favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal²¹. No obstante, convenios como este ni siquiera llegan a regular los requisitos de acceso al mismo, el régimen ni los medios con los que se va a ejercitar²².

Así pues, son pocos los que como el Convenio Colectivo de la empresa Electrotécnica Artech Hermanos, S.L, reconocen la “flexibilidad de espacio”, es decir, la posibilidad de trabajar desde casa un número de horas al año equivalentes a 2 días al mes. Además, para ello la empresa exige unos requisitos entre los que se encuentran: que el puesto de trabajo de la persona trabajadora sea compatible con el teletrabajo y el uso de nuevas tecnologías. Pero también se requiere presentar una solicitud escrita a la persona responsable directa para que ésta autorice esta nueva forma de trabajar y realice un seguimiento del teletrabajo²³.

En otros casos, el teletrabajo se reconoce como un permiso. Este es el caso del convenio colectivo de la empresa Mugarik Gabe ONG de Cooperación al Desarrollo. En él se establece que el teletrabajo puede

establece más de una modalidad para ejercer el trabajo en función de las necesidades conciliatorias de cada persona trabajadora que tras cumplir los requisitos de acceso al mismo podrá ejercerlo en 5 modalidades diferentes: 1 día a la semana, 2 días a la semana, 3 días a la semana, el 20% de su jornada laboral, o 2 tardes a la semana. Asimismo, se determinan unos requisitos de acceso en torno a la antigüedad en la empresa principalmente ligados al conocimiento que la persona trabajadora tiene sobre su puesto, a saber, las competencias específicas que este exige. Además de las condiciones para su formalización y vigencia se concretan las garantías específicas en materia de prevención de riesgos laborales y las obligaciones empresariales sobre la disposición del material pertinente y el apoyo técnico para poder desarrollar el teletrabajo. Y finalmente se configura una Mesa Técnica de Igualdad del Acuerdo Marco para encargarse del seguimiento y del adecuado cumplimiento del teletrabajo.

²⁰ Esto es lo que hacen, entre otros, los artículos 19 del CC general estatal de Trabajo de la industria textil y de la confección, 16 del CC estatal de Prensa no diaria o el artículo 20 del CC general estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo ya que asumen en sus propias disposiciones la aplicación directa del artículo 13 del ET.

²¹ Artículo 55.1 del Convenio Colectivo de la empresa Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

²² Estos casos se recogen en el Anexo V del CC de la empresa Servicio BSH al cliente Zona 2 Norte, el artículo 14.6 del CC de empresa del Grupo Asegurado Reale o el artículo 8 del CC de la empresa Sociedad de Prevención de Fremap SLU.

²³ Artículo 45.1.3 del Convenio Colectivo de la empresa Electrotécnica Artech Hermanos SL.

reconocerse de manera puntual en primer lugar, con una duración de hasta una semana, en segundo lugar, con una duración de entre una semana y un mes, y en tercer lugar, de manera continuada 1 día a la semana o, alternativamente, 2 horas al día en el periodo de un año. Para el último de los casos, el convenio regula la necesidad de que la actividad profesional se lleve a cabo en un horario determinado y en base a un calendario previamente establecido. ¿Por qué? Pues precisamente porque se pretende garantizar que todo el personal de la empresa se encuentra trabajando en horario de 10:00 a 14:00, bien sea de manera presencial desde el centro de trabajo, o bien desde casa o el lugar elegido por la persona trabajadora. Por lo tanto, este es el único convenio donde se han encontrado pautas o elementos para el control legal del teletrabajo, el tiempo de trabajo efectivo y su rendimiento. Con todo, el convenio regula que para poder llevar a cabo el teletrabajo el máximo de jornada diaria será el mismo que es acordado para el resto de la plantilla, a saber, de 8 horas y media que también es de aplicación a las personas que no prestan su actividad mediante esta modalidad laboral²⁴.

Este límite resulta importante respecto a los demás convenios que regulan el teletrabajo, y es que frente a la digitalización que está cuestionando nociones básicas del Derecho Laboral, como el de trabajador/a, la jornada laboral o la relación laboral, en este caso se establece un límite concreto.

Recientemente Eurofound y la OIT han elaborado un informe²⁵ donde afirman que la introducción de las nuevas tecnologías acarrearán una extensión de las jornadas de trabajo, sin establecer límites a la prestación laboral durante las tardes, los fines de semana, o los días festivos. Ello es relevante, puesto que una nueva forma de trabajo nunca puede conllevar una disminución de los derechos ya adquiridos por el total de personas trabajadoras en lo que respecta a los periodos mínimos de descanso.

Por esta misma razón, la comentada cláusula resulta importante para poder garantizar los derechos de las personas trabajadoras y limitar el ejercicio de la prestación laboral mediante las nuevas tecnologías y su control por medio de una constante conexión digital. Y es que en España, un 64% de las personas trabajadoras corroboran que desarrollan su prestación profesional incluso durante sus horas libres. Incluso, un 68% de las mismas confirma que recibe emails o llamadas telefónicas relativas al trabajo fuera de su horario laboral²⁶.

²⁴ Artículo 18 del Convenio Colectivo de la empresa Mugarik Gabe ONG de Cooperación al Desarrollo.

²⁵ AA.VV., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Joint ILO-Eurofound report, 2017, 22-23 (última consulta 17 mayo 2018).

²⁶ *Ibidem*, 21-25.

La no garantía de un derecho a la desconexión digital junto a la carencia o a la falta de eficacia de unos límites al control que también obstaculiza, como afirman Webster y Randle las fronteras entre el tiempo productivo, el reproductivo y el dedicado al ocio²⁷.

En suma, resulta relevante que cuando la negociación colectiva reconoce formas de trabajo como el teletrabajo se desarrollen cláusulas o normas para garantizar que las personas trabajadoras no lleven a cabo sus obligaciones laborales durante su tiempo libre dedicado a la familia o a actividades personales. Con ello, lo que se pretende es que no se diluyan los márgenes de la jornada de trabajo y que los derechos del colectivo trabajador no queden absorbidos por la digitalización o queden sin contenido. Y es que, como reconoce Goerlich Peset, el convenio colectivo es uno de los instrumentos normativos fundamentales y para estimular el diálogo social entre las personas trabajadoras y empresarias de “forma simétrica”²⁸, lo que permite, a su vez, amparar un sistema de relaciones laborales equilibradas en derechos y deberes para las partes sujetas al contrato de trabajo²⁹, sin que prevalezca el uso abusivo de los poderes de la parte empresaria en su forma de control y vigilancia sobre la prestación laboral.

4. Bibliografía

AA.VV., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Joint ILO-Eurofound report, 2017 (última consulta 17 mayo 2018)

BELZUNEGUI ERASO Á., *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, Consejo Económico y Social, 2002

CEDROLA SPREMOLLA G., *El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, 2017, n. 1

²⁷ J. WEBSTER, K. RANDLE, *Positioning Virtual Workers Within Space, Time, and Social Dynamics*, en J. WEBSTER, K. RANDLE (eds.), *Virtual Workers and the Global Labor Market*, Palgrave Macmillan, 2016, 13-14.

²⁸ J.M. GOERLICH PESET, *La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 108, 258.

²⁹ En este sentido N. MENDOZA NAVAS, *La Negociación Colectiva como elemento corrector de las desigualdades por razón de género en las Relaciones Laborales*, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 2, 1159 ss., y A.I. PÉREZ CAMPOS, *Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2010, n. 43, 143-174, reconocen la importancia de la negociación colectiva como instrumento para corregir las desigualdades en las relaciones laborales.

- CRL-LHK, *Situación sociolaboral en Euskadi. Avance resultados 2017*, 2018
- DE LA CÁMARA ARILLA C., *El teletrabajo, un indicador de cambio en el mercado de trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2000, n. 17
- GARCÍA QUIÑONES J.C., *La organización del tiempo de trabajo y descanso y la conciliación en el teletrabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (ed.), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Aranzadi, 2016
- GOERLICH PESET J.M., *La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 108
- JEFFERY M., *Derecho del trabajo en la sociedad de la información*, en M. PEQUERA POCH (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, UOC, 2005
- MELLA MÉNDEZ L. (ed.), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Aranzadi, 2016
- MENDOZA NAVAS N., *La Negociación Colectiva como elemento corrector de las desigualdades por razón de género en las Relaciones Laborales*, en *Relaciones Laborales*, 2010, n. 2
- OSIO HAVRILUK L., *El Teletrabajo: Una opción en la era digital*, en *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, 2010, n. 5
- PEQUERA POCH M. (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, UOC, 2005
- PÉREZ CAMPOS A.I., *Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva*, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2010, n. 43
- QUINTANILLA NAVARRIO R.Y., *Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 133
- SIERRA BENÍTEZ E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011
- THIBAUT ARANDA J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social, 2000
- WEBSTER J., RANDLE K. (eds.), *Virtual Workers and the Global Labor Market*, Palgrave Macmillan, 2016
- WEBSTER, K. RANDLE J., *Positioning Virtual Workers Within Space, Time, and Social Dynamics*, en J. WEBSTER, K. RANDLE (eds.), *Virtual Workers and the Global Labor Market*, Palgrave Macmillan, 2016

Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa

Juan Manuel MORENO DÍAZ*

RESUMEN: La cuestión relativa a la representación colectiva de los trabajadores en la empresa ha sido una materia relativamente pacífica a lo largo del tiempo. En España, el modelo dual de representación de los trabajadores ha perdurado desde el inicio de las leyes reguladoras de las mismas hasta nuestros días. Sin embargo, este modelo se ha visto alterado de un tiempo a esta parte en el ámbito internacional, debido a los fenómenos demográficos y a otras circunstancias, como la deslocalización de empresas, la creciente internacionalización de las empresas multinacionales, y a otras circunstancias afectantes a las relaciones laborales, como la innovación tecnológica y a los fenómenos de colaboración de empresas, fundamentalmente. Esto ha supuesto una cierta revolución en el ámbito de las representaciones de los trabajadores, con una nueva forma de entender la acción sindical en las empresas multinacionales, la creación de estructuras transnacionales de representación y otras formas representativas de los trabajadores en plataformas colaborativas.

Palabras clave: Representación de los trabajadores, economía colaborativa, repercusiones laborales de nueva economía.

SUMARIO: 1. Una nueva forma de producir llamada economía colaborativa. 2. La degradación de los derechos de los trabajadores en este nuevo marco de producción. 3. Es urgente la regulación jurídica de la economía colaborativa. 4. El reconocimiento y ejercicio de los derechos colectivos en el marco de la economía colaborativa. 5. Quid en torno a la representación de los trabajadores en el nuevo contexto productivo. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla - E.U. Osuna (España) y Universidad Pablo de Olavide de Sevilla - CEU San Isidoro (España).

The New Forms of Collective Representation in the Gig Economy

ABSTRACT: The question of the collective representation of workers in the company has been a relatively peaceful matter over time. In Spain, the dual model of representation of workers has lasted from the beginning of the regulatory laws of the same to today. However, this model has been altered for some time to this part in the international field, due to demographic phenomena and other circumstances, such as the relocation of companies, the increasing internationalization of multinational companies, and other circumstances affecting relationships labor, as technological innovation and the phenomena of collaboration of companies, fundamentally. This has meant a certain revolution in the field of workers' representations, with a new way of understanding trade union action in multinational companies, the creation of transnational representation structures and other representative forms of workers in collaborative platforms.

Key Words: Representation of workers, gig economy, labour implications of the new economy.

1. Una nueva forma de producir llamada economía colaborativa

En los últimos años hemos asistido a un profundo cambio en el mundo del trabajo, fruto del intenso desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, que han hecho que los medios de producción y las formas de producir hayan sufrido una profunda transformación, centrada fundamentalmente en lo que se ha venido en llamar la economía colaborativa.

Una de las primeras y más aceptadas definiciones habla de la economía colaborativa como «un sistema económico basado en el uso compartido de bienes o servicios infrautilizados de forma gratuita o mediando un precio, directamente por particulares, a través de plataformas en línea»¹. Sin embargo, esta definición de la economía colaborativa ha sufrido una redefinición debido al desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Este nuevo concepto se basa en compartir bienes y servicios a través de plataformas tecnológicas. Se ha producido una expansión de la economía colaborativa en todos los sectores de la sociedad.

Esta transformación debe ser considerada positiva, en general, por cuanto que supone una mejora para todos los sectores de la economía, adquiriendo la economía colaborativa una importancia económica relevante en el conjunto global. Así, según un reciente estudio de la Fundación EY, la economía colaborativa tiene un impacto en España que representa el 1,4% del PIB, y se prevé que en el año 2025 sea alrededor del 2,5-3% del PIB. Según PwC, la economía colaborativa genera anualmente en Europa transacciones por valor de 28.000 millones de euros, cifra que va en aumento.

Pero, además de la importancia puramente cuantitativa de la economía colaborativa, ésta aporta otro valor añadido. Así, se ha dicho que «además de crear valor económico, la economía colaborativa, en su dimensión social y ambiental, contribuye a estrechar lazos de solidaridad entre los ciudadanos, revitalizar la economía local, crear empleo, racionalizar el consumo de las familias mediante el uso compartido de ciertos bienes, reducir la huella energética y favorecer un consumo más responsable y sostenible»².

Por otra parte, esta nueva forma de producción y de intercambio de bienes y servicios va progresivamente teniendo presencia en la práctica

¹ R. BOTSMAN, R. ROGERS, *What's Mine Is Yours. The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins Business, 2010.

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema *La economía colaborativa y la autorregulación* (2016/C 303/05).

mayoría de los sectores productivos y en la mayoría de los países, si bien hay algunos en los que tiene una particular incidencia. Así, está creciendo rápidamente y ganando cuotas de mercado importantes en sectores como la hostelería y el turismo (Airbnb), el transporte (Uber, BlaBlacar) y la distribución (eBay). Según un estudio realizado en el año 2016 por la CE³, los países europeos que más utilizan la “economía colaborativa” son Francia (36%), Irlanda (35%) y Letonia (24%); los que menos, Chipre (2%), Malta (4%), y República Checa (7%).

2. La degradación de los derechos de los trabajadores en este nuevo marco de producción

El modelo de negocio que trae consigo la economía colaborativa ha tenido una progresiva implantación, de forma que dicho modelo ha conseguido introducirse en el seno de las economías occidentales de una manera prácticamente definitiva.

Este hecho no debería ser negativo *per se*. En numerosas ocasiones se ha puesto de manifiesto las ventajas que ha traído consigo la economía colaborativa, en general, y las plataformas digitales, en particular, que «benefician a la economía y a la sociedad digitales de hoy en día al aumentar la oferta disponible para los consumidores y crear y configurar nuevos mercados; [...] no obstante, las plataformas en línea plantean nuevos retos políticos y reglamentarios»⁴. De la misma forma, se ha hecho una defensa de estas plataformas porque favorecen el consumo y el mercado interior europeo, dado que los bienes y servicios ofertados a través de las mismas son de fácil acceso, dado que cada vez más la sociedad europea dispone de los mecanismos electrónicos que permiten acceder a los mismos, y, a su vez, las personas que ofrecen tales bienes y servicios se pueden beneficiar de la disposición de los usuarios de estos sistemas.

Sin embargo, a pesar de las bondades que para la economía en general aporta el nuevo modelo, no hay que perder de vista que también dicho sistema trae consigo importantes contrapartidas, fundamentalmente cuando se analiza las repercusiones que dichos intercambios a través de las plataformas traen para los derechos de las personas que prestan servicios para ellas. En este contexto, «gracias a las nuevas tecnologías, la aparición

³ Vid. TNS POLITICAL & SOCIAL, [The use of collaborative platforms](#), Flash Eurobarometer, 2016, n. 438.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276(INI)), § 25.

de las plataformas virtuales han tergiversado la esencia de la economía colaborativa, las cuales, como manifestaciones del capitalismo postmoderno, han desarrollado verdaderos modelos de negocio. La clave del éxito de estas plataformas es el crowdsourcing y el empleo on-demand de trabajadores autónomos para la prestación del servicio»⁵.

Y, en relación con ello, y a la vista de las distintas experiencias, hay que poner sobre la mesa desde el primer momento que la principal consecuencia negativa derivada de aquella ha sido la enorme depauperación que los derechos de los trabajadores ha sufrido, en general, en el nuevo escenario productivo y la desprotección que los trabajadores tienen en el nuevo contexto⁶, y en ello tiene una especial relevancia el desajuste que existe entre la regulación laboral de las formas tradicionales de prestación de servicios y las nuevas formas derivadas de la economía colaborativa, lo que ha sido aprovechado por los operadores en el nuevo escenario productivo para sacar el máximo provecho comercial posible, a costa del recorte de los derechos de los trabajadores. Las condiciones de trabajo derivadas de dichos modelos están presididas por «las bajas remuneraciones, especialmente en micro-trabajo virtual, la inseguridad del empleo y subempleo, la notable asimetría de poder entre trabajadores y plataformas, la regulación unilateral de términos y condiciones de trabajo, los mecanismos de rating, con sesgo hacia intereses de clientes, la carencia de mecanismos de resolución de conflictos, la “desactivación” arbitraria de las plataformas, la discriminación, por razones de género, etnia, sindicalismo, la carencia de voz y representación y el acceso muy bajo a esquemas de protección social»⁷.

No hace falta mencionar, por conocidas, las abusivas condiciones de trabajo a las que se ven sometidos aquellos trabajadores que desean prestar servicios para empresas como Uber, Glovo o Deliveroo, a pesar de que es cada vez más clara y mayoritaria la postura de la jurisprudencia de todos los países europeos en relación con la laboralidad de dicha prestación.

Todo parte, en resumen, de la consideración como autónomos de estos

⁵ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad*, OIT, 2017, 1 (última consulta 15 octubre 2018).

⁶ Puede verse el análisis que al respecto se hace en A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017, y en A. GINÈS I FABRELLAS, S. GÁLVEZ DURAN, *Sharing Economy vs. Uber Economy y las Fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, en *Indret*, 2016, n. 1.

⁷ F. ROCHA SÁNCHEZ, *La intervención sindical en las plataformas digitales laborales. Retos y propuestas de actuación*, presentación en la jornada *La estrategia de intervención de CCOO en la economía de plataformas*, Madrid, 17 mayo 2018 (última consulta 23 octubre 2018).

trabajadores y, por tanto, del menor nivel de protección que estos tienen desde un punto de vista laboral. La plataforma que entra en colaboración con el prestador del servicio (rider, conductor de Uber, etc.) exige a éstos unas condiciones que pasan, entre otras cosas, por la disposición por parte del trabajador de un medio de transporte propio, de estar dado de alta en el Régimen de Autónomos a su costa, de disponer de un dispositivo electrónico propio que permitirá al gestor de la plataforma tener controlado al trabajador al minuto, y de abonar el servicio prestado si y solo si el trabajador cumple un determinado número de servicios.

De esta precariedad se ha alertado por parte de distintas instituciones, aunque ha sido muy escaso el pronunciamiento que se ha hecho en el ámbito judicial interno de la consideración como laboral o no de estos trabajadores. En relación con todo ello, se ha escrito mucho sobre la auténtica laboralidad que esconden estas prestaciones de servicios, lejos de la pretendida autonomía de la que normalmente se las reviste, que está produciendo una huida del Derecho del Trabajo hacia formas autónomas “atípicas”. Sin embargo, sí ha habido dos contundentes pronunciamientos de La Inspección de Trabajo⁸, coincidiendo ambas en la consideración de que «la relación jurídica que une a los conductores de Uber no es arrendamiento de servicios, sino que esconde una verdadera relación laboral, al concurrir los elementos o presupuestos constitutivos de dependencia y de ajenidad propios del contrato de trabajo».

En definitiva, es palmaria la degradación que han sufrido las condiciones de trabajo de los trabajadores que llevan a cabo prestaciones de servicios para una plataforma digital en el ámbito de la economía colaborativa, lo que hace necesaria todavía más urgente la regulación de estas prestaciones.

3. Es urgente la regulación jurídica de la economía colaborativa

En relación con lo anterior, hay que partir de un dato que hace aún más preocupante la precariedad que preside estas prestaciones, referida a la implantación progresiva de las mismas. En efecto, según el Eurobarómetro sobre el uso de las plataformas colaborativas⁹, más de la mitad de los encuestados (52%) había oído hablar de las “plataformas colaborativas” y alrededor de dos de cada diez encuestados (17%) dijo que había usado alguna. Desde la UE se ha destacado en múltiples ocasiones

⁸ Resolución de la Inspección de Trabajo de Cataluña 9 marzo 2015 y de Valencia 11 diciembre 2017.

⁹ TNS POLITICAL & SOCIAL, *op. cit.*

el potencial de este nuevo sistema; sin embargo, también se ha llamado a desarrollar una política «clara y eficaz» para superar obstáculos e incertidumbres de este nuevo fenómeno, así como ajustarlo a la regulación europea. Garantizar una competencia justa, regular los derechos laborales y las obligaciones fiscales son tres de los grandes retos de la Unión Europea.

Es por ello que órganos como el Comité Económico y Social Europeo haya advertido de la necesidad de que estos nuevos modelos de negocio cumplan la legislación nacional y de la UE aplicable, atribuyendo a la Comisión Europea el encargo de dictar directrices y orientaciones políticas a escala europea, para dotar de la mayor seguridad posible a todos los intervinientes en estos procesos. De la misma manera, la UE deberá implementar el marco jurídico necesario para la consecución efectiva de dicha seguridad entre todos los intervinientes. Por tanto, en opinión del CESE, «en la medida en que, por su propia naturaleza, el fenómeno rebasa hoy claramente las fronteras de los Estados miembros, la UE debe definir el marco jurídico aplicable en su espacio común e integrado de gran mercado único, siempre que estas actividades se ejerzan en un ámbito transfronterizo», dado que la inexistencia de normas al respecto hará que cada país haga su propia regulación, con la consiguiente disparidad en el tratamiento de los mismos, lo que es perjudicial para los intereses y derechos del mercado europeo.

Por otra parte, es necesaria esta protección jurídica uniforme de los derechos de los consumidores, pero sería preciso también que el marco jurídico que se implementara debiera tener como uno de sus objetivos principales la definición del marco de relaciones laborales que se dan en torno a estas plataformas colaborativas, y la defensa de los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en las mismas. Así, el CESE ha establecido entre las líneas prioritarias de esa legislación: «a) su repercusión en el mercado laboral y en la propia definición del concepto y las formas de trabajo en el entorno digital; b) la protección de los trabajadores afectados, distinguiendo las situaciones de los trabajadores que no mantienen una relación laboral efectiva con la plataforma, protegiendo a estos últimos de acuerdo con los principios aplicables a los trabajadores autónomos, y aplicando los principios de protección de los trabajadores a aquellos que puedan considerarse en efecto trabajadores por cuenta ajena, en particular en el caso de los “falsos” autónomos o del trabajo precario; c) la protección de los derechos e instrumentos sociales de los trabajadores, como el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva y al diálogo social; d) la protección de los modelos sociales y de la capacidad de los Estados miembros para

mantener de forma sostenible esos modelos en el futuro»¹⁰. En definitiva, el CESE considera en su Dictamen que la UE –y, evidentemente, los Estados miembros, reunidos en el Consejo bajo los auspicios de la Presidencia neerlandesa– debe definir con urgencia un marco jurídico claro y transparente para el desarrollo y el ejercicio de estas actividades en el espacio europeo¹¹. A ello pretende dar respuesta la reciente Comunicación de la Comisión por la que se aprueba la Agenda Europea para la economía colaborativa.

En efecto, hasta ahora se han producido algunos pasos hacia esa regulación normativa de la Economía Colaborativa. Así, la Comisión Europea ha establecido la Agenda Europea para la Economía Colaborativa¹², donde se establece que «Modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataforma colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. Implica a tres categorías de agentes: prestadores de servicios, usuarios e intermediarios, que a través de una plataforma en línea conectan a los anteriores agentes y facilitan las transacciones entre ellos».

En segundo lugar, el Parlamento Europeo también ha dado algún paso relativo a la regulación de las plataformas en línea y el mercado único digital¹³, recibiendo «con satisfacción los trabajos en curso para actualizar y complementar el marco jurídico vigente con el fin de adecuarlo a la era digital, (considerando) que un entorno reglamentario eficaz y atractivo es esencial para el desarrollo de las empresas digitales y en línea en Europa».

Por lo que respecta al ámbito interno, el primer acercamiento se ha hecho con la Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el

¹⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema *La economía colaborativa y la autorregulación*, cit., apartado 8.2.4.

¹¹ El mencionado Dictamen precisa en su apartado 8.2 que «desde el momento en que las prácticas puramente espontáneas entre particulares adquieren la importancia de un actividad económica y los derechos y obligaciones recíprocos de las partes revisten carácter contractual, deben estar sujetos a un marco normativo, nacional o europeo, que encuadre legalmente los derechos y obligaciones de unos y otros», incluyendo entre los mismos «la protección de los derechos e instrumentos sociales de los trabajadores, como el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva y a diálogo social».

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, 2 junio 2016, COM(2016)356 final.

¹³ 2016/2276(INI), cit.

que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020¹⁴, que viene a afrontar, en líneas generales la lucha contra el trabajo fraudulento en relación, fundamentalmente, con los contratos temporales y los contratos a tiempo parcial, y que incluye un apartado dedicado a las nuevas formas de trabajo, y, en concreto, a las derivadas de la economía de las plataformas, concepto bajo el que «han aflorado en ciertos casos determinadas prácticas empresariales irregulares que están promoviendo una precarización del mercado de trabajo, fundamentado en la reducción de costes mediante la disminución y conculcación de los derechos laborales, haciéndose latente no sólo en el ámbito de los trabajadores y trabajadoras altamente cualificados, sino también respecto de aquellos empleados con menos posibilidades de acceder a puestos duraderos, fomentando así la aparición de un tipo de trabajador que ha de realizar cada vez más horas por un mismo precio, o incluso por uno inferior, dando fuerza al concepto denominado “trabajador pobre”»¹⁵.

Por tanto, se ha creado la conciencia necesaria de lo importante y necesario que es la regulación y creación de un marco jurídico que venga a clarificar los derechos aunque quizás todavía haya que seguir dando pasos en este sentido, en orden a dejar definitivamente claro este tema.

4. El reconocimiento y ejercicio de los derechos colectivos en el marco de la economía colaborativa

De todo lo anterior puede colegirse que, hasta el momento presente, la falta de regulación jurídica en el marco comunitario y la indefinición de la jurisprudencia en el ámbito interno, unido a la propia inadecuación de los marcos normativos nacionales (anclados en los modelos tradicionales de relaciones laborales asalariadas) haya hecho que los distintos conflictos de aplicación que han ido surgiendo con las nuevas realidades empresariales derivadas de las plataformas colaborativas, hayan derivado en aplicaciones dispares, lo que no es nada conveniente para el interés de los distintos

¹⁴ En BOE, 28 julio 2018, n. 182.

¹⁵ Es por ello por lo que la propia Resolución, siendo consciente de las prácticas fraudulentas que pueden darse en este nuevo mercado que nace al amparo de estas modernas formas de prestaciones de trabajo, ha creído oportuno establecer una serie de medidas, como a) dotar de medios técnicos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para permitir la identificación de los sujetos intervinientes en la plataformas digitales y comercio electrónico; b) la elaboración de una Guía de actuación que facilite a sus funcionarios el desarrollo de su actuación, acompañado de una formación en esta materia que permita la especialización de los mismos; c) la realización de una campaña de inspección específica sobre Plataformas y comercio electrónico.

agentes intervinientes.

Por tanto, según lo dicho, hay una gran desprotección de los derechos de los trabajadores en el plano individual, ya que aunque parece clara que, aplicando el esquema tradicional laboral, los sujetos que prestan servicios para los gestores de la plataforma deberían ser considerados como trabajadores por cuenta ajena, la realidad es que no hay un reconocimiento unánime, ni mucho menos, en este sentido, con lo que esto significa en orden a la desprotección de los derechos de esos prestadores de servicios. Y si esto es así a nivel individual, la cosa se complica aún más en el plano de los derechos colectivos, ya que la propia conformación de estos modelos de negocio impide aún más el reconocimiento de estos derechos, dada la dispersión y el escaso vínculo relacional entre los que prestan los servicios para la plataforma. Esto ocurre por ejemplo en un derecho prototípico en el ámbito de los derechos colectivos, como la negociación colectiva, respecto de la que se ha dicho que, en su regulación actual, es «complicada de aplicar en los nuevos modelos de negocio. Conocer las unidades de negociación es muy complejo en un mercado virtual donde es difícil computar cuanta gente está realmente activa. Además, pueden trabajar a la vez para diferentes plataformas virtuales. De hecho, en un negocio donde los trabajadores no se conocen entre sí, ni tienen trato directo entre ellos, es muy complejo crear relaciones de confianza suficientes para elegir representantes»¹⁶. Por otro lado, en algunos países europeos se está produciendo también el ejercicio de derechos como la huelga en el sector de la logística¹⁷.

La cuestión central aquí es que el reconocimiento del ejercicio legítimo de estos derechos está estrechamente relacionado con el propio reconocimiento como trabajadores por cuenta ajena de estos sujetos que prestan servicios para estas empresas. Como se ha dicho, esta cuestión no está aún unánimemente resuelta, y, por tanto, el ejercicio de estos derechos tiene lugar a día de hoy por la vía de los hechos. Es por ello que, mientras eso llega, y como se ha dicho anteriormente, sea fundamental una acción sindical que tenga los siguientes objetivos:

- a) fortalecer el papel de la negociación colectiva en la digitalización de los sectores productivos y empresas;
- b) adaptar los esquemas tradicionales de acción sindical a los nuevos

¹⁶ A. TODOLÍ SIGNES, *El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, en *IUS Labor*, 2015, n. 3, 16.

¹⁷ En el caso de la empresa Deliveroo, se han producido casos de huelga en Italia, con la llamada Deliverance Strike Mass (el 15 de julio de 2017) y en Reino Unido, donde los trabajadores de dicha empresa fueron a la huelga (agosto de 2016) en contra de la introducción de un nuevo método de pago de las entregas.

- entornos laborales (plataformas digitales);
- c) impulsar a través del diálogo social tripartito marcos normativos adecuados y políticas de acompañamiento que favorezcan los avances y reduzcan las brechas (género, edad, territorio...) ¹⁸.

5. Quid en torno a la representación de los trabajadores en el nuevo contexto productivo

En relación con todo lo dicho, es necesario hacer una reflexión en torno al papel que juegan los representantes de los trabajadores en el nuevo contexto de la economía colaborativa a través de las plataformas digitales, teniendo en cuenta que el escenario económico actual no tiene nada que ver con el que existía en el momento de redacción de nuestras primeras leyes laborales de la democracia, que es, precisamente, donde se diseñó el papel que los representantes de los trabajadores jugarían a partir de entonces. Dicho de otra manera, y como se ha afirmado por algún autor, «hace falta una reflexión sobre el papel del sujeto colectivo de representación de los intereses y derechos de los trabajadores en una economía que presenta la capacidad de aislar, aún más si cabe, a los trabajadores presentándolos como competidores o rivales directos de sí mismos. Es decir, la función que desempeña el Sindicato como agente que determina la propia calificación de la relación de trabajo por cuenta ajena, con la capacidad de actuar de forma homogénea y simultánea en diversas partes del mundo. O lo que es lo mismo, el valor que aporta la acción sindical internacional ante este tipo de fenómenos económicos globales» ¹⁹. Esto es más necesario si cabe, aún, en el plano colectivo, porque los derechos de representación y participación de los trabajadores en este escenario pueden quedar todavía más diluidos, si se tiene en cuenta que el nuevo contexto facilita mucho más que antes la dispersión de los trabajadores, al no tener como referencia el centro de trabajo, y por tanto, la acción sindical y los derechos colectivos tienden a perder la eficacia que tenían en su origen.

Por otro lado, en los nuevos modelos empresariales como los de las plataformas colaborativas, cuando la actividad desarrollada es habitual y existe ánimo de lucro y control de la actividad del trabajador, la plataforma que llama a través de una app al prestador de servicios para

¹⁸ F. ROCHA SÁNCHEZ, *op. cit.*

¹⁹ F. TRILLO PÁRRAGA, *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76.

atender a un cliente, determina en gran medida sus condiciones laborales. En este contexto, la cualificación repercutirá sobre su capacidad para negociar sus condiciones. A menor cualificación, mayor precarización y debilidad contractual.

Como consecuencia de todo lo anterior, los sindicatos han advertido la importancia social y económica que ha ido adquiriendo la economía colaborativa con el tiempo, y, sobre todo, han advertido las consecuencias que lo anterior ha provocado en el mundo sindical. Es decir, teniendo en cuenta que estamos hablando de prácticas cada vez más generalizadas, según las cuales el mercado ha ido creando nuevos modelos de negocio en los que se ha producido una degeneración relevante de los derechos de los trabajadores, los sindicatos han comprendido que estas prácticas empresariales tienen que ser afrontadas cuanto antes para ponerles coto.

Es por ello por lo que desde hace algún tiempo se han ido produciendo las primeras manifestaciones de organización sindical para luchar contra el trabajo en empresas de la economía de plataformas, pues la construcción de estructuras de este tipo, que atiendan y tutelen los intereses de estos trabajadores, es relevante y necesaria. Así, en Argentina, los taxistas miembros de la Federación Nacional de Sindicatos de Conductores de Taxis (FNSCT), afiliada a la ITF, llevaron a cabo una campaña para exigir el cumplimiento de la sentencia que ordenaba el cese de las actividades de Uber por estar favoreciendo la evasión fiscal y el uso de conductores sin licencia profesional, ni seguro de transporte público, llegando a establecer multas por importe de 5.000 USD para cada vehículo que desatara esta decisión. En segundo lugar, el Sindicato Alianza de Trabajadores del Taxi de Nueva York, afiliado a la ITF, presentó una demanda en nombre de 5.000 chóferes de Uber como consecuencia del despojo de derechos laborales a los conductores al imponerles la condición de contratistas independientes, y, por último, en Dinamarca, el Sindicato 3F, afiliado a ITF ha promovido diversas acciones contra Uber consiguiendo la imposición por parte de los tribunales de sanciones por ofrecer ilegalmente servicios de taxi sin licencia²⁰.

Sin embargo, estas no son más que prácticas sindicales de actuación a nivel local. Pero mucho más allá de eso, la dimensión global que están adquiriendo estas empresas que actúan en el marco de la economía colaborativa necesitaría de acciones sindicales también globalizadas. Y, tal como ha sido dicho, los sindicatos, «con una estructura y un funcionamiento adaptados a las características de las empresas y el mercado de trabajo de la etapa fordista, hacen hincapié hoy en día en que

²⁰ *Idem.*

el surgimiento del nuevo modelo de empresa-red transnacional requiere de nuevas formas de organización sindical en las compañías. Nuevas formas de organización que superen las fronteras nacionales formando observatorios, redes, comités de empresa globales, etc.»²¹.

A tal efecto, hay que afirmar igualmente que cualquier autorregulación debería poder contar con la voz –y aprobación me atrevería a añadir– de todos los intervinientes: incluido los trabajadores. El problema surge por la dificultad de obtener una correcta representación. Las dinámicas de estas empresas hacen difícil la existencia de una representación unificada. Nuevos trabajadores se unen diariamente a las plataformas y algunos se quedan solamente por unos días o semanas. Sumado a ello, actualmente, las plataformas no ponen a disposición de los trabajadores ningún medio técnico para ayudar a que esa voz unificada exista. Por el contrario, las primeras manifestaciones de unión se han tenido que realizar en plataformas virtuales paralelas, creadas por algunos trabajadores, donde anónimamente se puede evaluar a los empresarios, realizar recomendaciones para otros trabajadores y recolectar información que les ayude e incluso donde se ha planteado alguna acción colectiva menor.

Sin embargo, a pesar de que la acción de los sindicatos, como decimos, ha producido ya sus primeros frutos relativos a la puesta en marcha de las primeras acciones tendentes a evitar los posibles abusos derivados de los nuevos modelos de negocio basados en plataformas colaborativas, habría que recordar que el modelo español de representación de los trabajadores en la empresa es un modelo dual, que contiene dentro de sí también a los representantes unitarios de los trabajadores, y que, por tanto, habría que hacer alusión también a la incidencia que las nuevas formas de organización del trabajo haya podido tener en relación con las posibles reacciones habidas por parte de las mencionadas estructuras representativas de los trabajadores en el interior de la empresa.

Y es aquí donde se plantean, a juicio de la doctrina, mayores dificultades de articulación de estas formas de representación ya que hablar de la creación/actuación de estas estructuras representativas internas a las empresas en el ámbito de la economía colaborativa es difícil, debido fundamentalmente a que la formulación legal actual es inadecuada a las nuevas circunstancias organizativas de las plataformas colaborativas y, por otra parte, el modelo de representaciones unitarias está basado en el

²¹ J.B. VIVERO SERRANO, *Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional*, en W. SANGUINETI RAYMOND (dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Cinca, 2014, 187.

Centro de Trabajo²², concepto que no es fácil trasladar a un modelo basado en entornos virtuales. La cuestión clave es si las actividades de la economía colaborativa y negocios digitalizados derivados de aquella son «empresas que cuentan con centros de trabajo a efectos de poder elegir y ubicar en ellos, en su caso, unos órganos unitarios de representación»²³.

A pesar de esta dificultad, se han producido las primeras manifestaciones de creación de estructuras representativas de los trabajadores en el ámbito de la empresa. Por ejemplo, en nuestro país ha tenido lugar la organización de la plataforma Riders X Derechos, que ha dado lugar a la organización colectiva de la Asociación Nacional de Ciclomensajería, la cual, en poco tiempo, ha conseguido que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social haya abierto una investigación para esclarecer si Deliveroo está empleando a “falsos autónomos” para evitar el pago de impuestos y la cotización a la Seguridad Social.

Por otra parte, en el ámbito internacional, están empezando a constituirse estructuras transnacionales de representación, con el ánimo y propósito fundamental de reforzar su papel en la vigilancia de los acuerdos marco globales. Sin embargo, siendo grande la dificultad de crear realidades representativas que operen en el marco transnacional, la práctica hasta ahora ha sido valerse de estructuras ya creadas e institucionalizadas, fundamentalmente, la de los Comités de Empresa Europeos, para extender su ámbito de aplicación a todas las empresas del grupo, y ello con independencia de que las empresas se sitúen más allá de los límites físicos de la UE²⁴.

En el ámbito de las relaciones laborales internacionales, y para las empresas multinacionales, los sindicatos han creado algunos instrumentos para hacer oír su voz en ellas, al objeto de defender los intereses y derechos de los trabajadores de las mismas, cosa que no es sencilla, dado que a pesar de que en el sistema de las relaciones laborales a nivel internacional se dan multitud de «problemas prácticos (incluyendo el gasto de celebrar reuniones internacionales, las complicaciones del pluralismo sindical y las barreras lingüísticas), los comités mundiales y regionales continúan siendo vínculos sindicales de importancia vital. La tecnología informática puede facilitar la creación de redes dentro de las empresas y puede hacer realidad la creación de comités “virtuales” de empresa o

²² Vid. E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 80.

²³ *Ibidem*, 220.

²⁴ P. NIETO ROJAS, *El papel de los sindicatos en la consecución de los ODS. Especial referencia a los Acuerdos Marco Globales*, OIT, 2017, 8 (última consulta 25 octubre 2018).

contribuir a la labor de las estructuras existentes»²⁵. Pues bien, si esto puede funcionar para las empresas transnacionales, podría servir igualmente para las empresas que se originan en el mundo de la economía colaborativa, porque el elemento de la dispersión geográfica de los trabajadores es común a ambas.

Sin embargo, mientras eso llega, corresponde a las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad de autoorganización y acción, adoptar las medidas organizativas, comunicativas y de acción que consideran apropiadas y necesarias para el desarrollo de su actividad en entornos organizativos y sociales novedosos, pero ello requiere que cuenten con medios apropiados. Ello pasa (por) una reformulación legal o desarrollo convencional al respecto²⁶, haciendo una reinterpretación de los principales derechos que la normativa española atribuye a los representantes de los trabajadores en el ámbito del ejercicio de sus derechos, para que el papel a desempeñar por ellos sea lo más acorde posible al espíritu de dicha normativa.

6. Conclusiones

1. El escenario donde actualmente se desenvuelven las relaciones laborales es el de la economía colaborativa, y, en concreto, el de las plataformas digitales.
2. En dicho contexto, se ha constatado una degradación importante de los derechos de los sujetos que prestan servicios para estas plataformas, y, en particular, de los derechos colectivos de los trabajadores.
3. Teniendo en cuenta el menoscabo de los derechos, los sindicatos se están movilizándolo para defender los derechos más básicos de los trabajadores de dichas plataformas.
4. Sin embargo, es necesaria la creación de nuevas formas de acción sindical (sindicatos) en este tipo de empresas, y la imaginación de nuevas y modernas formas de actuación y de creación de renovadas estructuras de representación unitaria en las empresas, que superen las barreras legales existentes (ET) o bien la reforma de la Ley en este sentido para facilitar la creación de dichas estructuras.
5. Mientras eso llega, se ha afirmado la necesidad de efectuar una reinterpretación de las garantías instrumentales que la LOLS y el

²⁵ CIOSL, *Una guía sindical sobre la mundialización*, 2001, 99.

²⁶ A. PASTOR MARTÍNEZ, *Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas "colaborativas" y en entornos virtuales*, en *IUSLabor*, 2018, n. 2, 8.

Estatuto de los Trabajadores disponen en orden a garantizar la efectividad del derecho a la libertad sindical y del derecho a la información, consulta y participación en la empresa de los trabajadores.

7. Bibliografía

- ALMENDROS GONZÁLEZ M.A., *Acción sindical en las empresas multinacionales*, en AA.VV., *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Perspectivas y retos*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016
- AUVERGNON P., *Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, n. 6
- BOTSMAN R., ROGERS R., *What's Mine Is Yours. The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins Business, 2010
- CIOSL, [Una guía sindical sobre la mundialización](#), 2001
- GARRIDO PÉREZ E., *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 80
- GINÈS I FABRELLAS A., GÁLVEZ DURAN S., *Sharing Economy vs. Uber Economy y las Fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, en *Indret*, 2016, n. 1
- NIETO ROJAS P., [El papel de los sindicatos en la consecución de los ODS. Especial referencia a los Acuerdos Marco Globales](#), OIT, 2017 (última consulta 25 octubre 2018)
- PASTOR MARTÍNEZ A., [Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas "colaborativas" y en entornos virtuales](#), en *IUSLabor*, 2018, n. 2
- ROCHA SÁNCHEZ F., [La intervención sindical en las plataformas digitales laborales. Retos y propuestas de actuación](#), presentación en la jornada *La estrategia de intervención de CCOO en la economía de plataformas*, Madrid, 17 mayo 2018 (última consulta 23 octubre 2018)
- ROJO TORRECILLA E., [Relación laboral y economía colaborativa. Impacto de la tecnología en las condiciones de trabajo y en el vínculo jurídico contractual. Dudas e interrogantes](#), en www.eduardorjotorrecilla.es, 7 noviembre 2017 (última consulta 22 octubre 2018)
- SERRANO GARCÍA J., BORELLI S., *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la Economía digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 80
- SIX SILBERMAN M., HARMON E., IRANI L., LI K., [El trabajo colaborativo y la economía "bajo demanda": investigando las condiciones laborales para proteger los derechos y empoderar a los trabajadores de plataformas digitales](#), en *Gaceta Sindical*, 2017, n. 29

- TNS POLITICAL & SOCIAL, [*The use of collaborative platforms*](#), Flash Eurobarometer, 2016, n. 438
- TODOLÍ SIGNES A., *El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, en [IUSLabor, 2015, n. 3](#)
- TODOLÍ SIGNES A., *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017
- TRILLO PÁRRAGA F., *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76
- VALLECILLO GÁMEZ M.R., [*Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad*](#), OIT, 2017 (última consulta 15 octubre 2018)
- VIVERO SERRANO J.B., *Las redes sindicales de empresas multinacionales como manifestación de base del sindicalismo internacional*, en W. SANGUINETI RAYMOND (dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Cinca, 2014

Algunas notas destacables del permiso por lactancia

Comentario de la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018

Pilar PALOMINO SAURINA*

RESUMEN: En esta sentencia la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo y declara el derecho de los trabajadores varones a disfrutar del permiso de lactancia de forma simultánea con su mujer en permiso de maternidad hasta que el hijo tenga un año de edad.

Palabras clave: Permiso de lactancia, permiso de maternidad, progenitores.

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho. 2. Algunas notas destacables del permiso por lactancia. 3. La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018. 4. Bibliografía.

* Profesora contratada doctora de la Universidad de Extremadura.

Some Notable Notes of the Breastfeeding Leave

ABSTRACT: In this ruling, the National Court upholds the claim of collective dispute and declares the right of male workers to enjoy the lactation permit simultaneously with their wife on maternity leave until the child is one year old.

Key Words: Breastfeeding leave, maternity leave, parents.

1. Supuesto de hecho

La Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores presentó demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional al pretender que se declarara el derecho al permiso por lactancia de forma acumulada por parte de los trabajadores varones de la Compañía Logística de Hidrocarburos hasta que la hija o hijo tuviera un año de edad. Apoyó su pretensión en lo dispuesto en el art. 36.i) del convenio de empresa, que mejoraba el régimen de licencias contenido en el art. 37.4 ET, puesto que ampliaba el tiempo de acumulación del permiso por lactancia a un año y denunció que la empresa demandada imponía unilateralmente a los trabajadores que decidieran acumular la licencia a que comenzaran a disfrutarla a partir de la finalización de la decimo sexta semana del permiso por maternidad o al finalizar el permiso por paternidad.

CGT y CCOO se adhirieron a la demanda. Sin embargo, la Compañía Logística de Hidrocarburos, SA se opuso a la misma ya que según alegaba el convenio no regulaba el dies a quo para el ejercicio del derecho y además la licencia por lactancia es incompatible con el permiso por maternidad y/o paternidad puesto que su finalidad es asegurar el cuidado del menor.

El día 18 de mayo de 2018 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA.

2. Algunas notas destacables del permiso por lactancia

Como recoge el artículo 37.4 ET en los supuestos de «nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen».

Como todos los permisos, el de lactancia entronca de manera muy directa con su finalidad que no es otra cosa que proveer al trabajador de un tiempo de asueto que le permita afrontar de manera específica y particularizada una responsabilidad familiar sin que el trabajo le obstaculice.

Por ello, se puede decir que existe una conexión muy estrecha entre el acaecimiento del suceso en cuestión, el nacimiento de un hijo, y el momento de disfrute del permiso correspondiente sin que quepa deslindar temporalmente el suceso causante y el ejercicio del derecho. De tal manera que, si no existiese una superposición horaria entre el tiempo considerado por la Ley como necesario para atender la eventualidad y el horario del trabajador, no se daría una concesión del permiso como tal, ya que éste estaría utilizando su tiempo libre para ocuparse de la lactancia de su hijo.

No obstante, si se produjera una incapacidad temporal durante el periodo del permiso, éste quedará absorbido por esta situación ya que su concesión solo tiene sentido en aquellos supuestos en que las obligaciones laborales imposibilitan la atención de la necesidad amparada por el derecho, porque es igual que los permisos retribuidos regulados en el artículo 37 ET, que reconocen el derecho a ausentarse del trabajo con derecho a retribución, siendo patente que no cabe su ejercicio cuando el contrato esté suspendido¹.

Sin embargo, con respecto a los trabajadores a tiempo parcial se plantea el dilema de si hay que otorgarles un derecho idéntico al de los trabajadores a tiempo completo comparables existentes en la empresa o bien aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de conceder el permiso por lactancia y para dirimirlo hay que tener en cuenta la finalidad perseguida por el mismo. Por ello, no se debe discriminar a estos trabajadores por la menor duración de la jornada por lo que disfrutarán de una hora de ausencia del trabajo o de la reducción de la jornada en media hora al igual que los trabajadores con jornada completa.

En este sentido es destacable que el artículo 37.4 ET reconoce el derecho al permiso por lactancia cuando concurren unas circunstancias concretas: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento por lo que el derecho no se concederá en el supuesto de otros vínculos familiares que no sea el de los padres del menor como sucedería en el caso de los abuelos, aunque tengan cierta analogía².

¹ En este sentido, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de diciembre de 2008, que señala que no procede el disfrute del permiso por lactancia coincidente con la suspensión del contrato del cónyuge por excedencia.

² C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia*, en

Y es que, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, el permiso por lactancia se considera un «derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres», por lo tanto, cualquiera de los dos puede ejercitarlo, limitado a uno de ellos cuando ambos trabajen. Asimismo, cabría la posibilidad de que durante su disfrute cambie el titular del mismo siempre que no se actúe de mala fe y se preavise a los empresarios afectados³. Pero en todo caso, es preciso señalar que como recoge el TSJ Castilla La Mancha de 25 de marzo de 1999, no es posible solicitar el permiso en cuestión por uno de los padres, si el otro no trabaja⁴, porque la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores, exigiendo exclusivamente la Ley que los dos sean trabajadores, siendo evidente que esta cualidad la ostenta aquel que trabaja por cuenta ajena pero igualmente el que lo hace por cuenta propia.

No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Por ello, aunque la determinación del periodo de disfrute del permiso corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, los convenios colectivos pueden establecer los criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades de producción y organización de la empresa.

Solo en algunas ocasiones resulta compatible el permiso por maternidad con el permiso por lactancia. Si el padre disfruta de parte del permiso por maternidad será la madre la que podrá disfrutar del permiso por lactancia. Una situación parecida se da en el supuesto de excedencia por cuidado de hijo ya que el padre o la madre puede disfrutar de la excedencia y cualquiera de los dos del permiso por lactancia.

Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que el permiso por lactancia admite varias formas de ejercicio alternativo, pudiendo: a) sustituir el derecho a ausentarse durante una hora cada día, por una reducción de jornada en media hora, o b) acumularlo en jornadas completas. Aunque, como recoge la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2009 «la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho». Ya

Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2018, n. 213, 24.

³ R. POQUET CATALÁ, *El permiso de lactancia tras las últimas reformas*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 4.

⁴ En este sentido, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de diciembre de 2008 y de 12 de julio de 2012.

que como establece la sentencia del TS de 19 de abril de 2018 «la norma estatutaria acude a la expresión “acumularlo”, en clara referencia al derecho y no dice “acumularla” en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional».

Conforme al artículo 37.4 ET tres son las modalidades de disfrute del derecho: ausencia del trabajo, reducción de jornada o acumulación del descanso. El trabajador debe elegir una de ellas y comunicarlo al empresario para que este pueda reorganizar su empresa.

Es destacable que la ausencia de una hora puede dividirse en dos fracciones que no tienen por qué ser de la misma duración aunque su cómputo total debe equivaler a la misma. Por ello, el trabajador podrá salir de trabajar antes o entrar más tarde.

La reducción se realiza sobre la jornada efectivamente realizada, no sobre la jornada ordinaria desarrollada en la empresa. Aunque la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. En este caso, como señala la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2009 «ese incremento no se aplica a la acumulación, que ni siquiera es necesaria en el esquema legal, pues el precepto se limita a indicar que “la mujer, por su voluntad” puede acumular el permiso en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo establecido en aquella».

Y es que, el ejercicio del derecho no se somete en el artículo 37.4 ET a un específico procedimiento, pero exige, preavisar y justificar la ausencia durante este periodo de tiempo. Con ello se pretende limitar en lo posible el perjuicio empresarial al prescindir de uno de sus trabajadores y certificar la pertinencia de la ausencia por el disfrute del permiso por lactancia.

Por ello, se exigirá una especial diligencia al trabajador para que notifique con la suficiente antelación el momento en que va a empezar a disfrutar del permiso. No obstante, la necesidad de preavisar a la empresa no implica que deba obtenerse una autorización al efecto por parte de la misma, de tal manera que, sin la posterior justificación, dicha ausencia constituiría un incumplimiento contractual ya que debe tenerse en cuenta que si aun existiendo la causa, la ausencia no se justifica debidamente, sería una ausencia injustificada con todas las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

Pero si es la empresa la que incumplió lo pactado en convenio

provocando de forma directa un menoscabo en la vida personal y familiar del trabajador se debe abonar al mismo una indemnización por daños y perjuicios en la que se incluirán los daños morales tal y como recoge la sentencia del TSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010.

3. La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018

La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018 tiene una incuestionable relevancia ya que en ella se determina que la negativa empresarial a reconocer el permiso de lactancia a los padres, aunque hayan concluido su permiso por paternidad, hasta la décimo sexta semana desde el parto, limita el ejercicio del derecho de ambos progenitores, por cuanto obstaculiza el derecho de opción de la madre a compartir con el padre su permiso de maternidad, en los términos previstos en el artículo 48.4 ET. Y es que, en la práctica le obliga a disfrutar exclusivamente las dieciséis semanas de suspensión, cerrando la posibilidad de que el padre disfrute su permiso de lactancia, tras la conclusión de su permiso de paternidad.

Como indica la sentencia, la política empresarial descrita supone que los padres podrán disfrutar de menos días de permiso de lactancia, lo cual provoca objetivamente un efecto disuasorio para el ejercicio del derecho, entre cuyas finalidades está precisamente la corresponsabilización de ambos cónyuges en el cuidado de sus hijos, al solapar indebidamente el ejercicio del derecho con el disfrute del permiso por maternidad, lo cual supone una manifiesta discriminación por razón de sexo que vulnera el artículo 14 CE.

La relevancia de esta sentencia radica en que el permiso por lactancia no puede solicitarse por un progenitor cuando ya está disfrutando del permiso de maternidad o paternidad, pero cuando recae sobre distintas personas, distintos progenitores, no hay incompatibilidad alguna. La finalidad es que ambos puedan cuidar simultáneamente de su hijo en los primeros meses de vida, y limitarlo sólo a las mujeres supone una manifiesta discriminación por razón de sexo.

Por ello, la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo y declara el derecho de los trabajadores varones a disfrutar del permiso de lactancia de forma simultánea con su mujer en permiso de maternidad hasta que el hijo tenga un año de edad.

4. Bibliografía

GONZÁLEZ VELASCO J., VIVES USANO M.P., *El permiso por lactancia: ¿es acumulable o no?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2005, n. 271

POQUET CATALÁ R., *El permiso de lactancia tras las últimas reformas*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 4

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *El permiso por lactancia: dificultades para el disfrute paterno* (comentario a la STSJ Canarias/Las Palmas 22 septiembre 2003), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2004, n. 255

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 213

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