

ESTUDIOS

El empleo público en Italia ante los cambios tecnológicos y organizativos
Marco Barbieri

¿Es compatible el desarrollo de la economía digital con el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores?
Alberto Vaquero García

El convenio colectivo nacional Rider de 15 de septiembre de 2020
Sonia Fernández Sánchez

Las representaciones colectivas de trabajadores en las plataformas digitales
Francisco Andrés Valle Muñoz

La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral
Pierre-Henri Cialti

Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva
Vanessa Cordero Gordillo

La geolocalización como medio de control del trabajador
Djamil Tony Kahale Carrillo

El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica
Antonio Álvarez Del Cuvillo

La privacidad en el teletrabajo. Un análisis en el contexto de pandemia por Covid-19
María Villa Fombuena

El registro de jornada en las formas de trabajo flexibles, especialmente en el trabajo a distancia
José Manuel Sánchez Torrado

MERCADO DE TRABAJO

El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis Covid-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España
Santos M. Ruesga y Ana I. Viñas Apaolaza

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.

Universidad de Almería.

El acuerdo colectivo como instrumento de ampliación del poder empresarial
Cristina Roldán Maleno

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.

Universidad de Málaga.

Jubilación anticipada y discriminación indirecta por razón de género: una solución a la carta según los objetivos de política social de cada Estado de la Unión Europea
Beatriz Gutiérrez Caneda y Daiana Ana María Pițică

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Universidad Pablo de Olavide.

La calificación del despido; otra dificultad más añadida por el Covid-19
Julia Dormido Abril

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

157

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

157/2021
Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2021

157

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

157

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Bolonia

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada
	Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 157/2021

Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El empleo público en Italia ante los cambios tecnológicos y organizativos MARCO BARBIERI	11
¿Es compatible el desarrollo de la economía digital con el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores? ALBERTO VAQUERO GARCÍA	27
El convenio colectivo nacional Rider de 15 de septiembre de 2020..... SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ	41
Las representaciones colectivas de trabajadores en las plataformas digitales FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	59
La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral..... PIERRE-HENRI CIALTI	85
Trabajo a distancia y derechos de representación colectiva..... VANESSA CORDERO GORDILLO	123
La geolocalización como medio de control del trabajador DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO	141
El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica..... ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	167

La privacidad en el teletrabajo. Un análisis en el contexto de pandemia por Covid-19	193
MARÍA VILLA FOMBUENA	

El registro de jornada en las formas de trabajo flexibles, especialmente en el trabajo a distancia	215
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO	

2. MERCADO DE TRABAJO

El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis Covid-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España.....	245
SANTOS M. RUESGA Y ANA I. VIÑAS APAOLAZA	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Universidad de Almería	
El acuerdo colectivo como instrumento de ampliación del poder empresarial	267
CRISTINA ROLDÁN MALENO	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Málaga	
Jubilación anticipada y discriminación indirecta por razón de género: una solución a la carta según los objetivos de política social de cada Estado de la Unión Europea	283
BEATRIZ GUTIÉRREZ CANEDA Y DAIANA ANA MARÍA PIȚICĂ	

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Universidad Pablo de Olavide	
La calificación del despido; otra dificultad más añadida por el Covid-19 ..	305
JULIA DORMIDO ABRIL	

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	325
---------------------------------------------------------	-----

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajlci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecorridos, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 157/2021**

Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

Public employment in Italy in the face of technological and organizational changes	11
MARCO BARBIERI	
Is the development of the digital economy compatible with the fulfilment of the fundamental rights of workers?.....	27
ALBERTO VAQUERO GARCÍA	
The Rider National Collective Agreement of September 15, 2020.....	41
SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ	
Collective representations of workers on digital platforms	59
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	
The necessary improvement of the workplace as an electoral unit.....	85
PIERRE-HENRI CIALTI	
Remote work and collective representation rights	123
VANESSA CORDERO GORDILLO	
Geolocation as a means of worker control.....	141
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO	
Cyberbullying at work as a legal category	167
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
Privacy in telework. An analysis in the context of the pandemic by Covid-19.....	193
MARÍA VILLA FOMBUENA	

The recording of a day in flexible forms of work, especially in distance work	215
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO	

2. LABOUR MARKET

The use of internal flexibility measures in face of Covid-19 crisis. Impact on temporary jobs and unemployment in Spain.....	245
SANTOS M. RUESGA Y ANA I. VIÑAS APAOLAZA	

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR LAW	
University of Almeria	
Collective agreement as an instrument for expanding business power.....	267
CRISTINA ROLDÁN MALENO	

SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Malaga	
Early retirement and indirect gender discrimination: an a la carte solution according to the social policy objectives of each state of the European Union.....	283
BEATRIZ GUTIÉRREZ CANEDA Y DAIANA ANA MARÍA PIȚICĂ	

EXTINCTION LABOUR CONTRACT	
University Pablo de Olavide	
The classification of dismissal; another difficulty added by the Covid-19 .	305
JULIA DORMIDO ABRIL	

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia	325
------------------------------------------------------------	-----

EL EMPLEO PÚBLICO EN ITALIA ANTE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y ORGANIZATIVOS

MARCO BARBIERI

Catedrático de Derecho del Trabajo
Università di Foggia (Italia)

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo público, trabajo a distancia, cambios tecnológicos, participación sindical

El autor analiza la evolución de la disciplina del trabajo remoto del sector público en Italia, observando el carácter incierto y variable en la intención del legislador. Examina, en consecuencia, la legislación producida durante la pandemia y sus efectos relacionados con los derechos fundamentales, individuales y colectivos, de los empleados públicos. Discute el impacto sobre las relaciones de trabajo de la desordenada, casual y provisoria digitalización de las relaciones laborales entre las Administraciones Públicas ocurridas durante la emergencia sanitaria, destacando los problemas prácticos y las consecuencias en la estructura jurídica del trabajo por cuenta ajena en las Administraciones Públicas. Establece el grado de participación de las organizaciones sindicales dentro de los procesos de transferencia del trabajo tradicional hacia el trabajo a distancia y la perspectiva de este último.

ABSTRACT

Keywords: Public employment, remote work, technological changes, trade union participation

The author analyses the evolution of the discipline of remote public sector work in Italy, observing the uncertain and variable nature of the legislator's intention. It therefore examines the legislation produced during the pandemic and its effects related to the fundamental, individual and collective rights of public employees. Discusses the impact on the working relationships of the disorderly, casual and temporary digitization of industrial relations between public administrations that occurred during the health emergency, highlighting the practical problems and the consequences on the legal structure of employment in public administrations. It establishes the degree of participation of trade union organizations in the processes of transference from traditional work to remote work and the perspective of the latter.

ÍNDICE

1. LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
2. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN DEBIDO A LA PANDEMIA
3. LA RELACIÓN ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN EL EMPLEO PÚBLICO
4. LAS PERSPECTIVAS DEL TRABAJO DIGITAL Y DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS EN EL TRABAJO PÚBLICO

1. LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Al principio en Italia, existía el teletrabajo. La ley 191/1998 en su art. 4 permitía a las Administraciones Públicas “formas de trabajo a distancia”, con la finalidad de “racionalizar la organización del trabajo” y “conseguir un ahorro en la gestión a través de la utilización flexible de los recursos humanos”. La condición era la de “instalar [...] instrumentos informáticos y conexiones de redes telefónicas y telemáticas necesarias”. El apartado 2 de dicho artículo, preveía que el trabajador pudiese, a solicitud, regresar a la sede de origen: es decir, el teletrabajo era voluntario. En cambio, el apartado 5 del mismo artículo, delegaba a la contratación colectiva la tarea de adecuar “la disciplina económica y normativa de la relación de trabajo de los empleados involucrados”¹.

En consecuencia, como previsto por el apartado 3, el Gobierno ha emanado, con el Decreto del Presidente de la República n. 70/1999, el Reglamento de actuación de la mencionada ley.

Aún más, en actuación de la ley el 23 de marzo del 2000 la Agencia para la representación negocial de las Administraciones Públicas – que por ley, representa a las administraciones públicas para el contrato colectivo nacional (Decreto Legislativo 165/2001, art. 46, ap. 1) – ha estipulado con las Confederaciones sindicales un acuerdo marco para el teletrabajo, cuya validez vige para todas las Administraciones².

¹ Sobre esta disposición de ley, el sucesivo reglamento y sobre el acuerdo marco, v. P. Pascucci, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, in *Studi Urbinati*, 2017, pp. 225-241; así como A. Sartori, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Zilio Grandi e M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, pp. 471-502, y aquí en las páginas 472-482.

² Véalo en <https://www.aranagenzia.it/contrattazione/contratti-quadro/altro/telelavoro/contratti/1832-accordo-quadro-sul-telelavoro.html>.

De este modo, se requería a todas las óones un proyectos en el cual indicar objetivos, actividades, tecnologías, modalidades, profesionalidad y número de empleados potencialmente involucrados, costos y beneficios (DPR 70/1999, art. 3); y si se disponía que las prestaciones pudiesen ser realizadas a domicilio (o en modalidad remoto o en centros de trabajo conectados al puesto de trabajo de origen o pertenencia: DPR 70/1999, art. 2, letra b), previa verificación de la actuación en conformidad a la norma de seguridad (DPR 70/1999, art. 4), con instrumentos y herramientas proporcionadas por la Administración (DPR 70/1999, art. 5). En el convenio colectivo marco, se resaltaba la característica de voluntaria adhesión de los empleados públicos al teletrabajo, y en el caso de un número de solicitudes de adhesión superior a lo establecido por la Administración, se individuaban los criterios de selección³; agregándose que dicha Administración se obligase a informar al empleado acerca de las modalidades a través de las cuales efectuar la evaluación del trabajo prestado (art. 5, ap. 3), confirmando que la puntualidad global del trabajo no habría sido cambiada (art. 6, ap. 1), y que para el trabajo realizado en el domicilio el trabajador debía garantizar el acceso a los equipos de control de la aplicación de las normas de seguridad (art. 6, ap. 2), mientras que tendría derecho a reembolso a tabto alzado por los gastos conectados a la realización de la prestación (art. 6, ap. 3).

Va observado que el art. 14, ap. 1, de la Constitución italiana dispone la inviolabilidad de domicilio, por lo que no parece dudoso que el desacuerdo del trabajador al acceso a su domicilio no habría constituido y no constituye un incumplimiento contractual, a pesar de la recordada previsión del art. 6, ap. 2, y por lo tanto el rechazo del empleado al acceso habría solamente podido determinar la terminación por parte de la Administración del uso del teletrabajo⁴.

Con estas previsiones, la difusión del teletrabajo en la Administración Pública en sentido estricto (excluida la Sanidad e Instrucción) ha sido extremadamente exigua y hasta menor que en España (0,7% en el 2019)⁵.

El legislador ha intervenido nuevamente con la ley 124/2015, que, en su art. 14, impone a las Administraciones Públicas objetivos anuales que dentro de tres

³ Discapacidad, necesidad de cuidados familiares, tiempo de desplazamiento desde el domicilio y la sede de trabajo (art. 4).

⁴ Sobre la necesidad del consentimiento del trabajador, véase también P. Pascucci, *op. cit.*, págs. 238 y s., que pero no trata las consecuencias del eventual rechazo; L. Nogler, *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, en *Commentario al Codice Civile* dirigido por P. Schlesinger, Giuffrè, 2000, págs. 602-603; *contra* L. Gaeta, en *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 1999, págs. 311-326, aquí pág. 323, considera que existe un equilibrio entre las “exigencias de tutela del domicilio privado y de la tutela de la seguridad”.

⁵ W. Giuzio y L. Rizzica, Banca d'Italia, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, Note Covid-19, 22 enero 2021, Fig. 1, en <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/il-lavoro-da-remoto-in-italia-durante-la-pandemia/>.

años, pudiesen permitir de llevar el trabajo a distancia, del que, sin embargo, se confirmaba la voluntariedad, al menos el 10% de los empleados: pero sin mayor exigencia para las finanzas públicas⁶. La previsión ha sido modificada en el 2020 como explicaré más adelante.

Con finalidad distinta⁷, el legislador ha emanado la ley 81/2017, que ha introducido el trabajo ágil como una modalidad de trabajo subordinado “sin precisos vínculos de horario” (pero siempre “dentro los mismos límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal, derivado de la ley y de la contratación colectiva”) “o de lugar de trabajo”, con el posible (es decir no indispensable) “uso de instrumentos o herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad laboral” (art. 18, ap. 1; el apartado 3 ha declarado estas disposiciones de ley aplicables también al trabajo en las Administraciones Públicas⁸).

La doctrina iuslaboralista italiana ha discutido la diferencia entre ésta forma de trabajo y el teletrabajo⁹, y todavía en esto podríamos prescindir de dicha discusión visto que en medio ha ocurrido el enorme y trágico acontecimiento de la pandemia.

Como sabemos, Italia ha sido el primero entre los grandes países europeos en el orden cardinal del tiempo, en el cual se ha desarrollado la epidemia.

Sin embargo, la respuesta del legislador ha alterado el cuadro anterior con respecto al tema del cual nos ocupamos.

De hecho, en Italia el artículo 2087 del código civil - aplicable a todos los empleadores públicos y privados – dice que les corresponde adoptar las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores.

⁶ V. A Sartori, *op. cit.*, pp. 488 s., que subraya el objetivo de conciliación entre vida y trabajo de esta previsión.

⁷ El apartado 1 del artículo 18 dice: “allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro” (“con el fin de aumentar la competitividad y facilitar la conciliación de los tiempos de trabajo y de vida”).

⁸ Sobre la aplicación del trabajo ágil al trabajo público, véase al menos C. Spinelli, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2018, I, págs. 127-139; M. L. Vallauri, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, en *Rivista Giuridica del Lavoro, Quaderno 4/2019*, págs. 169-180; A. Sartori, *op. cit.*; M. Altamari, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2018, págs. 843-864.

⁹ Para mayor estudio, véase M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, fasc. 6, págs. 553-570, especialmente pág. 564; A. Sartori, *op. cit.*, págs. 482-488; P. Pascucci, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, en *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2017, fasc. 1-2, págs. 223-241; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, fasc. 3, I, págs. 369-395, especialmente págs. 384-385. Crítico, en relación a las interferencias con la disciplina del teletrabajo en las Administraciones Públicas, P. Pascucci, *op. cit.*, págs. 239-241.

Con la pandemia en curso, no se evidencian tanto los riesgos específicos de cada lugar de trabajo, no se evidencian tanto los riesgos específicos de cada lugar de trabajo, lo cual está previsto en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad en el Trabajo de 2008 (Decreto Legislativo 81/2008), sino el riesgo para la comunidad nacional que el trabajo aumenta fuertemente, con los contactos humanos que inevitablemente conlleva, mayores o menores según el puesto de trabajo.

Para los empleados públicos, para concretar lo dicho estaba el artículo 87, apartado 1, del Decreto Ley 18/2020, que disponía que “hasta el cese del estado de emergencia [...] el trabajo ágil es la modalidad ordinaria de desarrollo de la prestación de trabajo en la Administración Pública”¹⁰. Esto significa que por ley, y sin que las administraciones deban asumir alguna medida, los empleados públicos tienen el derecho¹¹ y la obligación de trabajar en modalidad ágil (llamada popularmente *smart working* desde el 2020), es decir sin ir al puesto de trabajo¹².

El mismo artículo 87 admite la presencia en el puesto de trabajo *exclusivamente* a aquellos que realicen las actividades que se consideran inaplazables y que requieren necesariamente la presencia *física* en el lugar de trabajo. Esto significa que, por ejemplo, el personal sanitario ha estado presente en los hospitales, pero no aquel personal administrativo o de otro tipo que haya podido trabajar desde casa. Entonces han habido excepciones cuando razones de seguridad pública o funcionalidad de servicios esenciales impiden el trabajo desde casa, como por ejemplo, el personal que trabaja en los Tribunales, las oficinas necesarias para pagar las prestaciones sociales a los ciudadanos y las nóminas a los empleados de las Administraciones etc., etc.; y, a diferencia del trabajo ágil según la ley del 2017, no es necesario trabajar en parte al interior del lugar de trabajo. Era tarea de las administraciones señalar estas excepciones.

El trabajo, sin embargo, al no estar ni en la disciplina del teletrabajo ni en la de la Ley 81/2017 de trabajo ágil, podría haberse realizado - y en la gran mayoría de los casos se ha realizado - también con herramientas (móviles, ordenadores, etc.) propiedad del trabajador (artículo 87, apartado 2): se habría podido observar que el empleado público no habría tenido un comportamiento en buena fe si se hubiese opuesto o hubiese rechazado de utilizarlos aún poseyéndolos.

¹⁰Esta afirmación perentoria está definida como “impensable” en el contexto ordinario, fuera de la emergencia sanitaria, por M. Esposito, *Smart Work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, en *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2020, n. 18, págs. 147-155, y aquí pág. 150, dentro de la lógica de una preferible, pero no indispensable, consensualidad.

¹¹*Contra* L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, en WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT – 421/2020, en <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Dopo-la-digi-demia-quale-smart-working-per-le-pubbliche-amministrazioni-italiane/> 6038.aspx, pág. 5.

¹²No compartimos la desestima de esta norma por M. Esposito, *op cit.*, pág. 152.

Si esto no hubiese sido posible, las Administraciones (artículo 87, apartado 3) habrían debido programar a los trabajadores por vacaciones, permisos, banco de tiempo, etc., de acuerdo con el convenio colectivo.

Si ni siquiera hubiera sido posible, la Administración habría debido adoptar medidas motivadas de exoneración del servicio por el cual los dependientes se habrían quedado en casa sin trabajar pero recibiendo la remuneración: lo que no creo haya hecho ninguna Administración¹³, temiendo probablemente reacciones della *Corte dei conti* por el potencial daño al tesoro público derivado del efectuar pagos sin obtener a cambio la prestación.

Entonces en ningún caso las Administraciones habrían podido tener en presencia en el lugar de trabajo una persona para efectuar la prestación por la cual no fuese indispensable la presencia física, ni para desarrollar una actividad que no haya sido posible diferirla (contemporáneamente el legislador ha suspendido una serie de términos para el desarrollo de las actividades administrativas).

Es decir, por razones de tutela de la salud (de los trabajadores y también aquella pública), la actividad de las administraciones ha sido reducida al mínimo y el trabajo a distancia ha sido un tentativo de limitar los efectos de esta necesidad (tanto así que como hemos dicho, el art. 87, ap. 3, preveía la posibilidad de mantener a los empleados en casa, pagándoles su salario incluso en ausencia de rendimiento).

Si las Administraciones no se hubieran comportado de acuerdo a ley, creo que los trabajadores y trabajadoras – salvo las excepciones ya mencionadas – habrían podido oponerse de presentarse en las sedes habituales de trabajo¹⁴, visto que de frente al incumplimiento de la obligación de seguridad gravante en la Administración, el trabajador habría podido plantear la excepción de incumplimiento previsto en el art. 1460 del código civil¹⁵.

Es importante recordar que el art. 263, ap. 4-*bis*, del decreto ley 34/2020, ha repetido el art. 14 de la ley 124/2015, disponiendo que las administraciones adopten dentro del 31 de enero de cada año un Plan Organizacional del Trabajo Ágil (POLA por sus siglas en italiano) “oídas a las organizaciones sindicales”: es decir, una mera formula de consulta pero no de contratación colectiva. Se prevé que el llamado POLA deba prever que al menos el 60% de los trabajadores puedan

¹³No corresponde, pero siempre para casos limitados, la valoración de L. Zoppoli, *op. cit.*, pág. 10 nota 28.

¹⁴En *contra*, pero sin argumentación jurídica, la *Circolare n. 2* de 1º de abril 2020 del *Dipartimento della Funzione Pubblica*, pág. 3.

¹⁵Art. 1460 c.c.: “En contratos con prestaciones correspectivas, cada uno de los contrayentes puede oponerse o rechazar de cumplir sus obligaciones, si el otro no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia, salvo que términos diferentes para el cumplimiento hayan sido establecidos por las partes o resulten de la natura del contrato”.

concurrir, o el 30% si es que el Plan no viene adoptado, pero siempre condicionado a que sea voluntario.

El art. 263 del decreto ley 34/2020 ha modificado el art. 87, ap. 1, previendo con infundato optimismo acerca de la situación sanitaria, que las Administraciones Públicas “organicen el trabajo de sus empleados y la erogación de los servicios a través de la flexibilidad del horario de trabajo, revisando la articulación diaria y semanal, introduciendo la modalidad de interlocución programada inclusive a través de soluciones digitales y no en presencia con el usuario, aplicando al trabajo remoto, con medidas simplificadas como lo señala el apartado 1, letra b), del mismo artículo 87, al 50 por ciento del personal empleado en la actividad que pueda ser realizado bajo esa modalidad”.

El decreto ley 104/2020 ha previsto que el trabajo a distancia ya fuese no la única modalidad ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, sino, una de las modalidades ordinarias, exprimiendo un momento de parcial retorno al orden tradicional para la disminución de la pandemia.

Evidente es, que la crisis pandémica ha producido una digitalización del trabajo en la Administración Pública configurada por el legislador como involuntaria, no programada, provisorio e unilateral.

De hecho, las previsiones de ley conectadas a la pandemia han eliminado toda participación negocial del trabajador en la definición de la ejecución de la prestación, prevista por los artículos 19 y 21 de la ley 81/2017, respectivamente bajo la institución de “formas de ejercicio de poder de dirección”, de los “instrumentos de trabajo”, de los denominados “tiempos de descanso” y de la “desconexión”; y de la “disciplina [del] ejercicio de poder de control del empleador sobre la prestación del trabajador al externo de la sede de trabajo” y de la individualización de las “conductas conectadas a la ejecución de la prestación de trabajo al exterior del local o sede de trabajo, que dan lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias”. Ningún espacio ha sido indicado ni siquiera a la contratación colectiva, como veremos a continuación.

De ello se concluye que, se debe discutir, como haré en este momento, acerca de los efectos de esta expansión de poderes unilaterales de las Administraciones Públicas por encima del contrato de trabajo¹⁶.

¹⁶Recuerdo que en Italia casi todos los dependientes públicos forman parte, desde 1993, de un contrato de trabajo por cuenta ajena, quedando para pocas categorías, el precedente estado jurídico de derecho público. Se trata de magistrados, abogados del Estado, diplomáticos, pertenecientes a la carrera de las prefecturas, docentes universitarios (estos, provisoriamente, *ex art. 3, ap. 2*, en espera de una específica disciplina), militares, policías, dependientes de otros entes que operan en

2. DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL TRABAJO Y DIGITALIZACIÓN DEBIDO A LA PANDEMIA

La aplicación de la normativa de la que he hablado hasta este momento se ha manifestado desigual¹⁷.

Muchas administraciones que conozco han violado la ley, continuando a pretender de empleados y empleadas una “solicitud” – generalmente semanal – de ser colocados a distancia, que no era necesario, dado que la modalidad a “distancia” era la la “forma ordinaria” de prestación; “solicitud” a la cual seguía una “autorización” de parte de la Administración incompatible con la normativa vigente¹⁸. Resultado, tiempo de trabajo perdido y disminución de la productividad. En cuanto al desarrollo del trabajo, ya que los empleados trabajan desde casa, surgen los nuevos problemas del control de la prestación y del horario. En el texto de la ley del trabajo ágil del 2017 estos perfiles se posponen al acuerdo entre las partes, que sin embargo durante la emergencia y para los dependientes públicos, no es necesario. Por lo tanto, queda válido sólo el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores¹⁹:

la vigilancia del crédito y ahorro, de la Bolsa y del Antitrust: al 2018, 574.350 dependientes que se han quedado “disciplinados por los respectivos ordenamientos” (art. 3, ap. 1, decreto legislativo 165/2001), y que constituyen en esa fecha el 17,8% del total de los dependientes públicos (fuente: <https://www.contoannuale.mef.gov.it/struttura-personale/occupazione>).

¹⁷Datos cuantitativos pueden obtenerse en W. Giuzio y L. Rizzica, *op. cit.*, *passim*. El dato general (p. 5, tav. 2) que vendría en el segundo cuatrimestre en modalidad remoto sólo el 32,83% de los dependientes públicos (comprendida la sanidad) me parece infravalorar el fenómeno. Véase también los datos del monitoreo del trabajo remoto en las Administraciones Públicas proporcionada por el *Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri*, por el cual en mayo del 2020 se encontraba en remoto el 64% de los dependientes públicos, y en setiembre el 46% (*Monitoraggio sull’attuazione del lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni, novembre 2020*, pág. 5, en <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>).

¹⁸En un caso, el juez ha dispuesto la asignación de una empleada (asistente socio-sanitaria) a *smart working*, reconociéndolas un derecho en tal sentido, por encontrarse en la situación de tener un hijo discapacitado (Trib. Roma, 20 junio 2020, n. 15525, ordenanza cautelar).

¹⁹Art. 4 ley 300/1970 (texto modificado en 2015):
“(Equipos audiovisuales y otros instrumentos de control)”

1. Los equipos audiovisuales y otros instrumentos de los cuales derivan la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores pueden ser utilizados exclusivamente por exigencias organizativas y productivas, para la seguridad del trabajo y para la tutela del patrimonio de la empresa y pueden ser instalados previo acuerdo colectivo estipulado por la representación sindical unitaria o por la representación sindical empresarial. En alternativa, en el caso de empresas con unidades de producción situadas en diferentes provincias de la misma región o en varias regiones, dicho acuerdo puede ser suscrito por las asociaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional. A falta de acuerdo, los equipos y los instrumentos mencionados en el primer periodo podrán instalarse previa autorización de la sede territorial de la Inspección nacional de trabajo o, en alternativa, en el caso de empresas con unidades de producción ubicadas

visto que los elementos con los cuales se trabaja desde casa, por la conexión con el sistema informático de la Administración, son instrumentos utilizados para desarrollar la prestación laboral, no se necesita ningún tipo de acuerdo sindical para su instalación, pero la Administración puede usar la conexión para controlar la prestación de trabajo sólo si al trabajador le haya sido dada información acerca de la modalidad de realización del control y sea respetada la normativa de la *privacy*. Si es el caso que use solamente el teléfono, la Administración puede solicitar un informe o la contabilidad de las llamadas, modalidad que deberá comunicar al trabajador de manera formal.

No habiendo sido derogado el Estatuto de los Trabajadores, el derecho a la *privacy* del trabajador queda tutelado exactamente como lo era antes de la pandemia: por lo demás, también la modificación del art. 4, si representase o no las previsiones de un poder de control a distancia sobre las prestaciones de trabajo, la doctrina italiana se ha quedado en desacuerdo²⁰.

De hecho, muchísimas Administraciones Públicas, cogidas de sorpresa de la generalización del trabajo a distancia por causa pandémica, no han aprovechado la ocasión de la necesaria digitalización –más que programada– para adecuar a la propia organización a la disponibilidad de herramientas tecnológicas adecuadas para proporcionar el trabajo a distancia.

Es más, sustancialmente si ha transferido directamente al empleado público el poder de autocontrol de la propia prestación, convirtiéndose en el controlador de sí mismo y exigiéndole a menudo una especie de síntesis semanal de sus propias actividades, de lo cual es muy difícil hipotizar a su vez, si ha sido objeto de control por parte de alguna jerarquía interna.

Sin embargo, no me parece que esta situación corresponda a la excepción indicada en el art. 17 de la Directiva 2003/88, que permite derogar las previsiones de la misma en lo relativo al reposo semanal, pausas, duración máxima semanal, trabajo nocturno, pero sólo “cuando la duración del horario de trabajo a causa de las características de la actividad desenvuelta no es medible y/o predeterminada o puede ser determinada por los mismos trabajadores”: visto que la unilateral

en los ámbitos de competencia de varias sedes territoriales, de la sede de la Inspección Nacional de Trabajo. Las medidas previstas en el tercer período serán definitivas.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los medios utilizados por el trabajador para hacer efectivo el trabajo ni a los medios de registro de los accesos y de las presencias.
3. La información recopilada en virtud de los apartados 1 y 2 puede utilizarse para todos los fines relacionados con la relación laboral con la condición que sea dada al trabajador la adecuada información sobre el uso de las herramientas y la forma de realizar los controles, siempre que se respeten las disposiciones del Decreto Legislativo n° 196 de 30 de junio de 2003.

²⁰Véase *ex multis* al menos P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.

dimisión del control sobre el horario de trabajo por parte de la Administración durante la pandemia, no creo pueda liberarla de la obligación de garantizar el derecho fundamental a la limitación del horario y al reposo diario y semanal, y a la finalidad, aún cuando la prestación se desarrolle íntegramente en el domicilio del trabajador, de establecer un sistema que permita la medida del horario de trabajo de acuerdo a las indicaciones proporcionadas por la Corte de Justicia el 14 de mayo de 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*²¹.

Todavía es significativo de los principios del legislador italiano el hecho de que, tras los ejemplos de autodeterminación del horario de parte del trabajador, contenidas en la normativa nacional (art. 17, ap. 5, decreto legislativo 66/2003), aunque no contemplada en la Directiva, existen las “prestaciones realizadas en el ámbito de las relaciones de trabajo a domicilio y de teletrabajo”: teletrabajo que, en esa época, era consensual, y aún no existía la previsión del art. 18, ap. 1, de la ley 81/2017, que también vincula el trabajo remoto a la observancia de los límites de duración máxima del horario de trabajo semanal y a jornada.

En Italia en cambio, lo único que se ha hecho es disponer, con la Circular n. 2 del 1º de abril de 2020 del *Dipartimento della Funzione Pubblica*, que a los empleados en trabajo remoto le fuese negado el recurso al trabajo extraordinario (pág. 4), negando en consecuencia e implícitamente, pero sin afirmarlo claramente y sin motivación, que al trabajo a distancia fuese aplicable el control de horario²².

Confundiéndose así el hecho que el legislador ha ciertamente removido los vínculos de colocación horaria de las prestaciones en perjuicio de trabajadores a tiempo parcial, pero no los vínculos de duración máxima del trabajo, confirmado por el último período del art. 18, ap. 1, L. 81/2017, no derogado por la legislación nacida de la emergencia pandémica.

Sobre ello existe el derecho de la persona de desconectarse y de no responder y de no realizar ningún trabajo, que como se sabe, es una forma de derecho a la salud que es el único derecho que la Constitución italiana defina como “fundamentale” (art. 32).

Entonces, respecto del derecho a la salud, el pasaje improvisado, generalizado y no programado al trabajo a distancia ha mostrado claramente los riesgos a los cuales vienen sometidos los derechos fundamentales de los trabajadores si la digitalización no viene acompañada de una reorganización de la Administración Pública y de sus funciones.

²¹Para un comentario italiano, véase V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2020, II, págs. 428-442.

²²*Contra*, a partir de la idea errónea que el trabajo ágil pueda prescindir del horario, no obstante la previsión opuesta del art. 18, ap. 1, de la ley 81/2017, M. Russo, *Lavoro agile nella P.A. tra fase emergenziale e cambiamento strutturale*, en *Giustiziavivile.com*, 19 ottobre 2020, pág. 18.

Aún más, la situación de emergencia generalizada ha hecho en modo que – por ejemplo - el cierre prolongado de las escuelas haya portado con sí, sobretodo en el caso de las familias con varios menores de edad, al uso privilegiado de instrumentos tecnológicos disponibles para la conexión a las actividades didácticas a distancias de las mismas escuelas, con la consecuencia que los padres trabajadores²³ hayan realizado su trabajo en horarios fragmentados y a menudo más allá de las 36 horas semanales previstas por los convenios colectivos nacionales: en la realidad social en consecuencia, se ha seriamente amenazado el derecho a la conciliación entre vida familiar y vida profesional (art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), por la digitalización no programada resultante de la pandemia.

De otro lado, esta no controlada digitalización del tiempo de trabajo –a menudo ni siquiera determinada intencionadamente por disposiciones organizativas de las Administraciones, y sólo a veces por objetivos de resultados esperados del desempeño del trabajo indicados a los empleados públicos completamente inalcanzables, pero que ejercen una considerable presión psicológica sobre todo en la parte de los empleados más fieles a la función de la Administración Pública hacia la comunidad– ha afectado también al sinalagma contractual.

En relación a una retribución proporcionada y suficiente (art. 36, ap. 1, Const. Italia, art. 35, ap. 1, Const. España – en donde es sólo suficiente), En mi opinión, la alteración del sinalagma contractual resultante de la digitalización debe tenerse en cuenta, por cuanto aparentemente – pero solo aparentemente como voy a decir - es limitada.

Claramente, la primera cuestión que se presenta es aquella del derecho a los cupones de comida, que constituyen un elemento importante del rédito de los trabajadores públicos –más relevante para los dependientes con contribuciones menores, cupones que pueden alcanzar hasta el 4% del salario neto- y de costos de la Administración Pública (alrededor de 1,2 miles de millones en el 2019). La *Corte di Cassazione*, con la sentencia n. 31137 de 28 de noviembre 2019, ha afirmado que “la concesión de cupones de comida no tiene que ver ni con la duración ni con la retribución laboral, siendo finalizada a compensar la extensión del horario de trabajo dispuesto por la Administración Pública (para las finalidades ya indicadas) con una naturaleza de carácter asistencial dirigida a permitir a los interesados la recuperación de las energías *psicofísicas*”. La atribución de estos cupones de comida, en cuanto una medida asistencial, sería excluída del sinalagma contractual y su ausencia en los casos de trabajo a distancia es legítima. Consecuentemente, el Tribunale de Venecia, estudiando el comportamiento antisindical en cuestión ya que la Administración había suspendido los cupones de comida sin informar a la organización sindical recurrente, con decreto del 8 de julio del 2020 ha rechazado la demanda porque “los cupones de comida no son un derecho del trabajador”, en

²³Sobre los peligros para los trabajadores, llama la atención M. Brollo, *op. cit.*, págs. 567 s.

cuanto “el trabajador es libre de organizar como mejor crea la prestación bajo el perfil de colocación temporal”.

Todavía, el Gobierno Italiano precedente al actual, con la circular n. 2/2020 con la firma de la Ministra de la Administración Pública, ha sostenido en modo ambiguo que “el personal en *smart working* no tiene un derecho automático a los cupones de comida y que cada una de las Administraciones asume la determinación de su propia competencia en materia, previa comparación o discusión con las organizaciones sindicales”, excluyendo en consecuencia que la suspensión de dicha erogación fuese un acto necesario, como ha afirmado, en cambio, el Tribunal de Venecia. Y en efecto algunas Administraciones, como el de la Municipalidad de Roma a través de un acuerdo sindical suscrito el 14 de mayo del 2020, han previsto que, en el caso se hubiese mantenido el normal horario de trabajo aún para aquellas prestaciones a distancia, los cupones de comida se habrían igualmente erogado a los trabajadores: ello presupone que el trabajo a distancia se desarrolle con el mismo horario y en consecuencia en la misma modalidad del trabajo realizado en las sedes físicas de la Administración.

Ciertamente, se observa un problema jurídico importante, que si bien ha sido descuidado hasta ahora en las discusiones doctrinales italianas – más atraídas por la comparación entre medidas de emergencia por la pandemia y la ley del 2017 – por su contenido en el aspecto de una retribución proporcionada y suficiente.

En realidad, mientras la ley del 2017, aplicable como he dicho también al trabajo público, exige que la prestación de trabajo sea realizada en parte en la sede de trabajo facilitado por el empleador, y en parte “al exterior, sin un lugar fijo”, el trabajo a distancia como modalidad ordinaria (en la primera fase) y aún actualmente prevalente de desarrollo de la prestación de trabajo de los empleados de las Administraciones Públicas ha significado en esencia un gran cambio y movimiento hacia el teletrabajo como había sido ya disciplinado en las disposiciones que he recordado líneas arriba: pero se ha derogado de hecho, sin cuestionarse ni siquiera el problema, a la previsión general del art. 6, ap. 3, del acuerdo marco del 2000, contrato en el cual se preveía un reembolso forfetario de los gastos sostenidos por el empleado y conectados a la prestación de trabajo (energía, usura de los instrumentos y aparatos, costo de la conexión, etc.). Cuando, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 87 del decreto ley 18/2020, se ha pasado por motivos de tutela de la salud al trabajo a distancia como modalidad ordinaria, realizado generalmente desde el domicilio del trabajador adoptándose por ello un modelo BYOD²⁴, como dicho, inevitablemente se ha desequilibrado el sinalagma jurídico.

²⁴Según fuentes sindicales, en el INPS –quizás la Administración más digitalizada en Italia- sólo el 62% de los trabajadores dispone de un ordenador personal proporcionado por la Administración (<https://www.fpcegil.it/2021/01/14/inps-unitario-incontro-su-p-o-l-a-e-risparmio->

Si la tendencia BYOD tiene ventajas y desventajas desde el punto de vista organizacional empresarial y también de la Administración Pública, no hay duda que esto pueda ocasionar un gasto sobre el trabajador.

Los efectos de la digitalización del trabajo en las Administraciones nos lleva a la negociación colectiva. En el 2000 la previsión de reembolso global posterior al proyecto, con la modalidad establecida en la contratación colectiva integrativa (de la Administración). Nada de todo esto existe en el proceso de digitalización. Serán los contratos nacionales los que intervendrán o autorizarán la contratación integrativa.

Pero, en el equilibrio del sinalagma – y en el derecho constitucional del trabajador a una retribución proporcionada y suficiente – sobretodo puede incidir la dificultad en definir la obligación contractual laboral. Si las Administraciones, como ya sucedió en la fase final de la pandemia, renuncian al poder de control encargándolo a la autodeclaración del trabajador y la constatación del verdadero desarrollo de la prestación, el efecto jurídico no es sólo la evasión de las obligaciones de trabajo de una parte de los dependientes públicos, sino que la otra parte ha trabajado más sin contraprestación retributiva, situación difícil de definir, más aún sin un horario de trabajo equo ni una verificación de resultado productivo. En el trabajo privado, los trabajadores a domicilio en Italia – igualmente sin un poder de control ni horario – siguen siendo definidos como trabajadores por cuenta ajena (art. 2128 del código civil), pero – tratándose de una producción de bienes – no existen problemas, ya que el art. 8 della legge 877/1973 impone el pago a destajo. Si se producen servicios, como en la Administración Pública, surge el problema de definir una metrice de recursos humanos adecuada a la prestación a distancia a través de instrumentos digitales²⁵, arriesgándose en caso contrario de desequilibrar el sinalagma – tanto en beneficio de las Administraciones para los trabajadores fidelizados, como en sentido contrario.

Quizás algunas indicaciones se pudieran obtener de la relación de trabajo de los ejecutivos que el art. 2095 del código civil define como trabajadores subordinados, cuyo trabajo no está delimitado por el horario.

No discuto aquí, dado que hablamos sólo de derechos fundamentales, de los efectos de este proceso – de la compatibilidad de la subordinación con el aporte de medios propios de parte del trabajador, del cambio de énfasis en el resultado productivo esperado por el empleador, del *time porosity*, de la escasa relevancia

di-bilancio/). Según el *Dipartimento della Funzione Pubblica, Monitoraggio*, cit., p. 8, en mayo 2020 dos tercios de los trabajadores en remoto trabajaba con instrumentos propios.

²⁵Esto coincide, me parece, con la opinión de un economista, M. Leonardi, *Il valore strategico del lavoro da remoto nel pubblico impiego*, en *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2020, n. 18, págs. 211-213, según el cual “será interesante ver si la necesidad de remotizar el trabajo empujará a los manager públicos a ‘rediseñar’ el trabajo para prever tareas cuya productividad sea claramente medible” (p. 213).

del lugar de trabajo a la finalidad de la calificación de trabajo por cuenta ajena – en nuestra concepción de trabajo por cuenta ajena: por ello recomiendo la lectura de las páginas magistralmente escritas por Jesús Cruz Villalón en el 2018²⁶, que comparto plenamente.

3. LA RELACIÓN ENTRE LEY Y CONTRATO COLECTIVO PARA GARANTIZAR EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO

En efecto, el espacio que las disposiciones de ley han reservado a la contratación colectiva, ha sido siempre exiguo. Si el teletrabajo desde inicios del siglo XXI era concordado con las organizaciones sindicales –por el acuerdo marco del 23 de marzo del 2000 con las sucesivas previsiones en los convenios colectivos nacionales²⁷-, no ocurrirá lo mismo sucesivamente.

La ley 81/2017 del trabajo ágil, confía, como se ha dicho, esencialmente al acuerdo individual las modalidades de ejecución de la prestación; cosa tanto más notable cuanto que en el empleo público, a diferencia que en el trabajo privado, el espacio para una negociación individual es prácticamente inexistente, tanto que se recoge la impresión que el art. 18, ap. 3, en el cual se prevé la aplicación de estas disposiciones también al empleo en las Administraciones Públicas, se ha agregado de mal modo a la Administración empleadora, quien en cambio tiene la obligación general de asegurar a los empleados paridad de tratamiento contractual (art. 45, ap. 2, decreto legislativo 165/2001).

Los decretos de la pandemia han cancelado el problema del rol organizacional de los sindicatos en la gestión de los efectos en el trabajo de procesos de digitalización: lo que es comprensible debido a la extrema urgencia con la cual en Italia fue dispuesto el primer *lockdown* general, pero no por los sucesivos decretos que, como hemos visto, se han limitado a atenuar el vínculo para las Administraciones de la transferencia a distancia de todas las actividades que no fuesen indispensable de desarrollarse en presencia.

²⁶J. Cruz Villalón, *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, en *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 83, 2018, págs. 13-44.

²⁷Art. 1 CCNL Regioni – Autonomie Locali 14 settembre 2000; art. 34 CCNL Enti pubblici non economici 14 febbraio 2001; Accordo sperimentale 18 ottobre 2001 per il personale amministrativo della scuola; art. 21 CCNL Enti di ricerca 21 febbraio 2002; artt. 134-139 CCNL Scuola 24 luglio 2003; art. 23 CCNL Università 13 agosto 2008; ecc. Observa P. Pascucci, *op.cit.*, pág. 237, que los convenios nacionales han disciplinado “la noción, la articulación del tiempo y de las fases de disponibilidad, la cobertura asegurativa de los instrumentos, la formación, la constitución de observadores del trabajo”.

También en donde las organizaciones sindicales hayan sido nominadas, como POLA, las Administraciones tienen solo una obligación de consulta.

Por lo tanto, se debería afirmar que el legislador italiano ha optado por un tercer modelo, el de la marginalización del rol de la contratación colectiva, más que optar por un carácter complementario o subsidiario con respecto a la propia ley.

Por supuesto, es precisamente el reconocimiento demasiado lento por parte de las Administraciones italianas de que la digitalización no es sólo ni principalmente una cuestión de cambio tecnológico de las herramientas de trabajo, sino que requiere un replanteamiento organizativo global de las actividades, lo que llevaría a la conclusión de que es oportuno que la ley, al establecer los principios a los que deben atenerse las Administraciones, debería implementar también una amplia referencia a la negociación colectiva, tanto nacional como integrativa, como herramienta indispensable que acompaña a los procesos innovadores, que permite no sólo garantizar la protección de los derechos fundamentales del trabajador digital, sino también ganar su consentimiento para maximizar la productividad del trabajo.

Estamos, según mi opinión, muy lejos de esto, en la legislación como en la realidad. De todos modos, como dije, tratándose de una disciplina de relación de trabajo, los contratos nacionales pueden disciplinar sobre la base del art. 40, ap. 1, del decreto legislativo n. 165/2001, los efectos del trabajo a distancia²⁸.

4. LAS PERSPECTIVAS DEL TRABAJO DIGITAL Y DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS EN EL TRABAJO PÚBLICO

Desde el punto de vista del plano de la digitalización de las Administraciones, en particular de la digitalización del trabajo, en actuación a lo dispuesto en el art. 14 de la ley 124/2015 y sucesivas modificaciones ya mencionadas, la Ministra de la Administración Pública del Gobierno precedente, con un decreto ministerial de 9 de diciembre 2020, aprobó los lineamientos básicos que las Administraciones deben seguir para la formulación de los Planos Organizativos del Trabajo Agil (POLA).

La Ministra también había emanado el 4 de noviembre del 2020 el decreto ministerial que ha instituido el Observatorio Nacional del Trabajo Agil en las Administraciones Públicas, compuestas por un representante por cada ministerio, diez expertos, cinco representantes de Regiones y Entes Locales y representantes de otras Administraciones públicas, asistidos por una Comisión técnica compuesta de otros catorce expertos, con la tarea de proponer líneas y analizar los efectos de POLA en la Administración Pública.

²⁸En el mismo sentido M. Esposito, *op. cit.*, págs. 154 s.

Si bien las Administraciones hayan apenas iniciado a formular los Planos prescritos, se puede observar que las líneas guías contenidas en el Decreto ministerial de 9 de diciembre 2020 parezcan corregir en parte el carácter de emergencia de las medidas conectadas a la pandemia, introduciendo una gradual aproximación de ámbito trienal, indicando las modalidades de compilación de los Planos y sus contenidos y finalmente insistiendo, con amplias convocatorias y recordatorios de la literatura científica internacional sobre el tema, sobre los indicadores de performance que irán aplicándose.

La crisis política de enero de 2021 en Italia, resultante de la constitución de un Gobierno diverso, con un Presidente y una composición política parlamentaria en gran parte muy diferente, no permite prever si la dirección política impartida a las Administraciones Públicas por el anterior Gobierno sera confirmada o no en el futuro próximo²⁹.

En todo caso, el haber comprendido el nexo entre digitalización, modelos organizativos y trabajo a distancia³⁰ es ciertamente un paso positivo que aún requeriría de una amplia intervención de trabajadores y sindicatos³¹.

²⁹Sólo podemos señalar aquí, corrigiendo un trabajo ya en borrador, que una señal de esta diferente orientación del actual Gobierno -y en particular del actual Ministro de Función Pública, que ya en el pasado se había expresado críticamente sobre el trabajo a distancia de los empleados públicos- mencionada en el texto, la teníamos con el art. 1 del Decreto-Ley n° 56 de 30 de abril de 2021, que disminuyó el número de empleados a los que las Administraciones deben garantizar la posibilidad de trabajar a distancia del 60% en presencia de un POLA o del 30% en ausencia de un POLA, al 15% en ambos casos. Por lo tanto, la obligación de las Administraciones de invertir en el trabajo a distancia se reduce drásticamente.

³⁰El tema había sido ya señalado por la doctrina italiana, sin obtener mayor audiencia de parte del legislador, desde la época del teletrabajo: A. Viscomi, A. Viscomi, *L'applicazione nelle Pubbliche Amministrazioni*, in L. Gaeta e P. Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, págs. 181-198, ya veinte años atrás, señalaba que el trabajo remoto “no puede realizarse en ausencia de una sustancial integración entre la tecnología de la información y la reestructuración funcional de los organismos públicos” (págs. 182 s.). En el mismo sentido, más recientemente P. Pascucci, *op.cit.*, pág. 230. Datos recogidos de una investigación específica, en W. Giuzio y L. Rizzica, *op. cit.*, pág. 10 fig. 9, indican que 63% de las Administraciones han debido efectuar inversiones a fin de adoptar el nuevo trabajo ágil.

³¹La contribución de L. Zoppoli, *op. cit.*, es rica en propuestas *de iure condendo*, también en la perspectiva de un mejor equilibrio entre las fuentes. incluido el contrato individual, especialmente en las páginas 16-26.

¿ES COMPATIBLE EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA DIGITAL CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES?*

ALBERTO VAQUERO GARCÍA

Profesor Titular de Universidad de Economía Aplicada

Grupo GEN de investigación-
Universidade de Vigo

EXTRACTO

Palabras clave: Doing Bussines, desarrollo económico, derechos fundamentales, digitalización

El desarrollo económico suele implicar importantes cambios en materia laboral. Una gran parte influye en las condiciones laborales de los trabajadores y, algunos, pueden afectar a sus derechos fundamentales. El objetivo de esta investigación es realizar una primera aproximación que permita conocer hasta qué punto es compatible el desarrollo de la economía digital con el necesario cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores.

ABSTRACT

KEYWORDS: Doing Bussines, economic development, fundamental rights, digitization

Economic development often involves significant changes in labour. A large part influences workers' working conditions and, some, can affect their fundamental rights. The objective of this research is to make a first approximation that allows to know to what extent the development of the digital economy is compatible with the necessary observance of the fundamental rights of workers.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y fue presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL NUEVO MARCO DE LAS CONDICIONES LABORALES
3. DESARROLLO EMPRESARIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES
4. LA FACILIDAD PARA HACER NEGOCIOS: LA SITUACIÓN EN ESPAÑA DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA
5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO ENTORNO DIGITAL
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La creciente digitalización de la economía está provocando importantes cambios en la forma de entender las relaciones laborales. Estamos inmersos en un proceso caracterizado por una mayor flexibilidad laboral, que puede provocar tensiones en el mercado de trabajo. Tanto es así, que la digitalización económica, en algunos casos, puede crear mayores diferencias en renta o en materia de empleo¹.

Lo anterior, ya no se circunscribe a una zona delimitada, sino que se extiende a nivel mundial. Debido a los avances telemáticos, una empresa puede estar instalada en un país, contar con trabajadores de varios estados y prestar sus servicios en un amplio número de naciones. Y, en todas ellas puede existir una diferente regulación laboral, lo que complica más el ya complejo entramado de las relaciones laborales. Es más, debido a este proceso de digitalización económica, hay profesiones y sectores con una mayor flexibilidad, lo que acarrea importantes ajustes, que pueden llegar a colisionar con la defensa de los derechos fundamentales del trabajador. Esto no solo supone cambios en el tipo de empleo y remuneración, sino que, va más allá. En consecuencia, garantizar esta serie de derechos a los trabajadores digitales puede entrar en colisión con el desarrollo de actividades basadas en las Nuevas Tecnologías (NNTT).

Para poder realizar una primera aproximación hasta qué punto es compatible el desarrollo de la economía digital, como nueva forma de hacer negocios, con el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, esta comunicación presenta la siguiente estructura. Tras la introducción, el segundo apartado describe el nuevo marco de las condiciones laborales para la economía digital. El tercer apartado aborda el desarrollo empresarial y su relación con el mantenimiento de los derechos fundamentales. El cuarto apartado señala la facilidad para hacer negocios en España desde la óptica comparada a partir del informe *Doing Business* del Banco Mundial (BM). El quinto apartado reflexiona sobre el análisis de la inclusión de los derechos fundamentales en una situación donde cada vez se apuesta más por la

¹ Vaquero (2020a, 2020b)

NNTT. Finalmente, se señalan una serie de conclusiones que es necesario tener en cuenta a la hora de abordar la compatibilidad entre el nuevo modelo de negocio, basado en la digitalización económica y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

2. EL NUEVO MARCO DE LAS CONDICIONES LABORALES

El empleo, tal y como lo veníamos conociendo ha cambiado con la nueva economía digital. La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo², establece las siguientes nuevas formas de empleo en la nueva “Economía 4.0”:

- Trabajador compartido. Se trata de una persona a que la contratan simultáneamente varios empleadores para cubrir una determinada demanda de personal continuada en el tiempo.
- Trabajo compartido. Cuando un empleador contrata a varios trabajadores para realizar cierta tarea, suponiendo un trabajo a tiempo parcial.
- Gestión interina. Se produce cuando un empleador contrata temporalmente a personas expertas, de elevada cualificación, para la resolución de una determinada incidencia o para llevar a cabo un proyecto específico.
- Trabajo “a demanda”. En este caso, el trabajador desarrolla una actividad a petición del empleador, pero sin que éste le garantice cierta carga de trabajo. Se trataría, por lo tanto, de un trabajo “a la carta” y de manera discontinua.
- Trabajo a través de la NNTT. Bajo esta modalidad, los trabajadores pueden realizar cierta tarea desde cualquier lugar y en cualquier momento. No existen horarios ni se cuenta con un centro de trabajo concreto.
- Trabajo colectivo. En este caso, a través de una plataforma *on line* interactúan empleadores y trabajadores, ofertándose determinadas tareas, por lo general de escasa duración y remuneración.

Como se puede comprobar en todas las formas indicadas predomina la flexibilidad en la prestación de la actividad, especialmente en las tres últimas (trabajo a demanda, a través de las NNTT y trabajo colectivo), que son precisamente donde más se desarrollan las actividades de prestaciones de servicios digitales.

Este resultado no es baladí, puesto que además de la mayor disponibilidad del trabajador para hacer una determinada tarea, se requiere muy poco personal propio y una reducida inversión de infraestructura, además de menos trámites

² Eurofound (2015) y Vaquero (2020a).

administrativos. Todas estas cuestiones se volverán a retomar al analizar el mayor o menor grado de facilidad para la creación de empresas, a partir del Informe *Doing Business*.

Además, y como consecuencia de este importante cambio en la forma de realizar la prestación laboral es posible señalar los siguientes efectos en el campo de la globalización, cambios tecnológicos y descentralización y externalización de la actividad económica³.

En primer lugar, desde la óptica de la globalización se manifiesta un aumento del nivel de competencia internacional y nacional que afecta claramente al tejido productivo local, una evidente difuminación de la prestación de los servicios, una desaparición del tradicional de centro de trabajo y se complica la aplicación de los derechos laborales por la dispersión espacial de la prestación de la actividad.

En segundo lugar, desde la perspectiva del incremento de los cambios tecnológicos, hay actividades que llegan casi a prescindir del factor humano; además se produce un aumento de tareas prestadas a través de plataformas virtuales, surgiendo nuevas formas de trabajo.

Finalmente, desde la óptica de descentralización y externalización de la actividad económica, se resiente notablemente la capacidad de negociación colectiva -que llevado al extremo podría desaparecer- y se apuesta por el trabajo “a demanda”, potenciando el desarrollo de micro trabajos, tanto en tareas como en tiempos.

3. DESARROLLO EMPRESARIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La existencia de excesivos requisitos formales es algo frecuentemente señalado como una rémora para la creación y desarrollo de empresas por parte de numerosas instituciones económicas. Una de las que más demandan cambios en este sentido es el Banco Mundial (BM), a través del informe anual *Doing Business*. En este documento se analizan las normas que afectan a las empresas desde que comienzan su actividad hasta que finalmente cierran. Se trata de un abanico de variables que tratan de indicar hasta qué punto resulta fácil abrir un negocio en los diferentes países evaluados.

Para ello se emplea una amplia batería de indicadores (Tabla 1). A partir de los mismos se crea un índice sintético que permite aproximar la facilidad de un país para hacer negocios. Si bien en ninguno de los indicadores presentados se

³ Eurofound (2015), CES (2017, 2018) y Hernández (2019).

hace referencia explícita a las normas laborales, sí que pueden encontrarse algunas cuestiones con implicaciones en el mercado de trabajo.

De ser esto así, es posible, aunque no tiene porque encontrarse una relación causa-efecto, que los países más proteccionistas con la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores puedan tener que soportar un mayor coste para la creación y desarrollo de empresas.

Por el contrario, se podría pensar que países con mayor laxitud en el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, tuvieran menor costes empresariales. Pensemos, por ejemplo, en todas las nuevas empresas basadas en la NNTT que requieren trabajadores a demanda, y donde no es necesario contar con grandes instalaciones físicas para desarrollar su actividad. Este tipo de actividades son intensivas en capital, no precisan de grandes infraestructuras físicas y pueden subcontratar determinadas actividades, sin necesidad de contar con una gran plantilla estable. Sin embargo, esta mayor flexibilidad, llevada al extremo, podría provocar una menor garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

¿Podemos encontrar alguna relación entre los parámetros que mide el *Doing Business* y el mercado de trabajo? Por lo que respecta a los trámites para la apertura de una empresa, manejo de permisos de construcción y/o registro de propiedades, aquellas actividades basadas en plataformas digitales, no necesitan contar con sedes físicas, en todos los lugares donde desarrollan su actividad. Pensemos por ejemplo en los servicios de comercio electrónico de *Amazon*, *Aliexpress* o *Alibaba*, la posibilidad de contar con un automóvil con conductor de *Uber* o *Cabify*, que llegue comida a casa por medio de *Just Eat*, *Deliveroo*, *Uber Eats* o disponer en nuestro domicilio de cualquier otro producto como hace *Glovo*.

En cuanto a las exigencias en materia fiscal, es de sobre conocido el debate que hay a nivel mundial sobre la aplicación de nuevos impuestos a los servicios de las grandes tecnológicas, que durante muchos años han aprovechado la menor fiscalidad de algunos países para reducir notablemente su aportación tributaria. Así, en España se aplica desde el mes de enero de 2021 un nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales, que grava al 3 % determinadas operaciones de las grandes tecnológicas a nivel mundial⁴. Parece evidente que una flexibilidad más laxa, favorecerá la creación de empresas, pero esto último debe tenerse muy en cuenta con la merma recaudatoria que podría producirse por esa generosidad fiscal.

⁴ Por citar algún ejemplo, Amazon opera en España a través de tres filiales que prestan servicios de logística, gestión de datos y soporte comercial, pero las ventas en Europa se facturan a través de Luxemburgo, que es donde tiene la sede, un país con una baja tributación.

Tabla 1: Indicadores y su contenido el índice Doing Business

Indicador	Contenido
Apertura de una empresa	Los necesarios para que un empresario pueda abrir y operar formalmente. También tiene en cuenta el tiempo y coste asociado a estos procedimientos y el requisito de capital mínimo desembolsado para la creación de la entidad.
Manejo de permisos de construcción	Tramites que requiere una empresa para construir un almacén, así como el tiempo y costes asociados.
Obtención de electricidad	Los necesarios para obtener una conexión y suministro permanente de electricidad. También incluye la solicitud y la firma de contratos, inspecciones y autorizaciones necesarias, así como los trabajos externos y definitivos de conexión a la red eléctrica.
Registro de propiedades	Tramites que debe seguir una entidad para que pueda adquirir una propiedad inmueble.
Obtención de crédito	Derechos legales de los acreedores y deudores.
Protección de los inversionistas minoritarios	Protección de los inversionistas minoritarios ante posibles conflictos de interés por parte de la dirección y/o gestión de la empresa.
Pago de impuestos	Impuestos que una empresa debe pagar, además de la carga administrativa asociada con el pago de impuestos y contribuciones sociales.
Comercio transfronterizo	Tiempo y coste (excluidos los aranceles) para la preparación de documentos, requisitos en frontera y transporte interno en materia de exportación/ importación.
Cumplimiento de contratos	Tiempo y coste para resolver un conflicto comercial en los tribunales.
Resolución de la insolvencia	Tiempo, coste y resultado de los procedimientos de insolvencia que afectan a las empresas locales.

Fuente: Doing Business

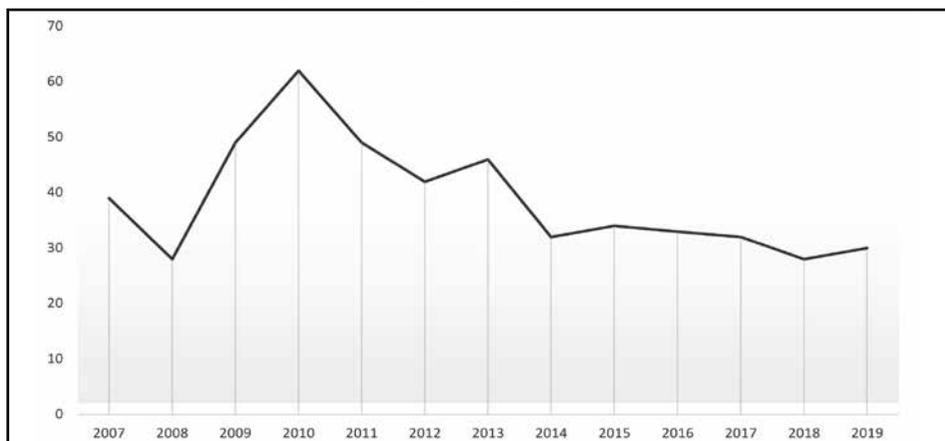
4. LA FACILIDAD PARA HACER NEGOCIOS: LA SITUACIÓN EN ESPAÑA DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA

A partir del Informe *Doing Business* (2012) se puede señalar que en nuestro país era necesario para crear un negocio realizar por lo menos diez trámites con la administración pública (estatal, autonómica o local); la media de la OCDE era de cinco. Un segundo dato que pone en evidencia la diferente situación española es que la creación de una empresa en España suele durar 28 días, frente a la media de 12 de la OCDE. Con estos resultados, España se situaba en la posición 42 (de 183 países analizados) para la creación de un negocio.

El panorama ha cambiado notablemente en el informe *Doing Business* para 2019, puesto que España asciende a la posición 30 a nivel mundial (de 190 países estudiados) y a la 19 en el ámbito de la OCDE⁵. En 2019 los diez países con un indicador más elevado fueron Nueva Zelanda, Dinamarca, Corea del Sur, Estados Unidos, Reino Unido, Noruega, Suecia, Lituania, Australia y Letonia.

Como se puede comprobar la tendencia que se recoge para España es de una notable mejora del índice del Informe *Doing Business* entre 2007 y 2019, tal y como muestra el Gráfico 1. El Gráfico 2 recoge la posición de España en los diez indicadores del informe *Doing Business* para 2019, siendo 100 el valor máximo del indicador. Los mejores resultados se obtienen en apertura del negocio, permiso de construcción y crédito. Los peores en comercio e insolvencia.

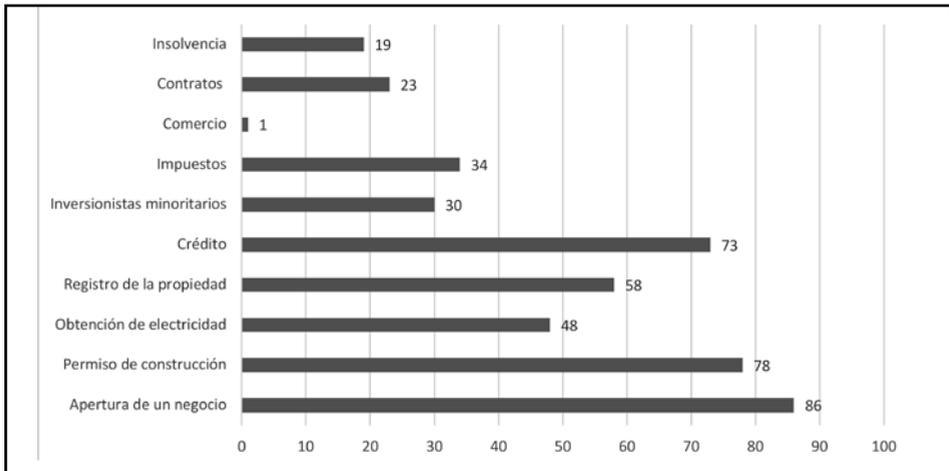
Gráfico 1: Índice *Doing Business* para España (2007-2019)



Nota: el cálculo del *Doing Business* cambio en el Informe de 2015, recalculando los resultados para 2014, aunque no se siguió el mismo procedimiento para los informes anteriores. Además, no resulta totalmente comparable los resultados para toda la serie, puesto que en 2017 se añade al proceso de evaluación el indicador de pago de impuestos.

Fuente: Informe *Doing Business* (Varios años)

⁵ La puntuación obtenida por España fue de 77 puntos, de un máximo de 100.

Gráfico 2: Posición de España en los indicadores del Doing Business (2019)

Fuente: Doing Business 2019 (2020)

¿Es posible obtener alguna derivada de estos resultados para el mercado de trabajo? Sí, hasta cierto punto. En los últimos años en el mercado de trabajo se han producido significativas reformas, que han buscado incluir mayores dosis de flexibilidad. La más reciente, de 2012, perseguía reducir los costes de despido de los trabajadores fijo, pero aumentó la tasa de temporalidad (del 22 % en 2013 al 27 % en 2018).

Llegados a este punto cabe recordar que con la aplicación de las NNTT en el mercado de trabajo ya no se necesita tener una plantilla estable, sino que es suficiente, para buena parte de las actividades, con contar con trabajadores de forma puntual durante cierto tiempo.

Una segunda cuestión que conviene recordar es la actual primacía del convenio de empresa sobre el convenio colectivo sectorial. La teoría económica señala que optar por esta vía, reduce el poder de los sindicatos en la negociación colectiva, a favor de las empresas, lo que puede perjudicar al mantenimiento de los derechos fundamentales del trabajador.

El objetivo que perseguía esta última reforma laboral era lograr un ajuste más rápido de las condiciones laborales a cambios económicos, permitiendo a las empresas una mayor libertad para establecer condiciones en función de su situación económica, potenciando las actuaciones de flexibilidad interna frente a la alternativa del despido. Si bien se buscaba unas menores tasas de desempleo a medio y largo plazo, no podemos obviar la posibilidad de que se haya producido un desequilibrio entre el poder de negociación de las empresas y los trabajadores, potenciando mayores dosis de desprotección, menor cobertura de la negociación

colectiva y aumentos de la desigualdad laboral. De ser así, se produciría una merma en el proceso de garantía de los derechos fundamentales.

A partir de la Encuesta Anual Laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social (MTES) se puede comprobar como el 22,5 % de todas las empresas (de 5 o más trabajadores) han empleado alguna medida de flexibilidad interna en 2019 (27,0% en 2013); las que más han optado por estas medidas son las empresas de 250 a 499 trabajadores (43,7 %) y las de más de 499 trabajadores (49,3 %), mientras que en 2013 fueron del 47,5 % y 57,3%. Del total de medidas de flexibilidad aplicadas, el 12,8% fueron cambios de contrato según tipo de jornada y el 10,8 % cambios en la jornada laboral. Además, casi 1 de cada 3 empresas, con independencia de aplicar medidas de flexibilidad interna, optaron también por otras medidas de ajuste; las más empleadas fueron despidos (15,5 %) y reducción de costes no laborales (14,4 %). Por lo tanto, se pone de manifiesto que la flexibilidad interna es una actuación profusamente utilizada por las empresas españolas desde 2012.

En 2019, a partir de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo del MTES había 2,6 millones de trabajadores cubiertos por un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa y 247.332 con el ámbito de empresa; en 2013 estas cifras eran de 4,8 millones y 376.358 trabajadores. En consecuencia, parece comprobarse una reducción de los trabajadores cubiertos por un convenio colectivo de empresa desde 2012⁶.

Por lo que respecta a los efectos de la reforma sobre la distribución de los ingresos, si bien se manifiesta una mejoría (a través del índice de Gini), ha aumentado la tasa de trabajadores pobres desde 2012. El FMI (2020) justifica esta situación debido a un impacto negativo sobre la productividad del empleo, a una reducción del promedio de horas trabajadas y a un incremento del empleo a tiempo parcial involuntario.

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO ENTORNO DIGITAL

Todo lo señalado supone un reto a la hora de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital. Lo anterior más que suponer un problema debe entenderse como una oportunidad. La economía digital ha venido para quedarse y el ordenamiento laboral debe regular adecuadamente esta nueva situación y no escudarse bajo el argumento de no querer obstaculizar el desarrollo de esta nueva economía. En este sentido creemos que cualquier

⁶ No obstante, hay que tener en cuenta la falta de consideración en muchas ocasiones de los convenios prorrogados o de actualización en cada año de vigencia de los datos correspondientes a los convenios plurianuales. Esto genera cierta provisionalidad de la cifra (Pérez Infante, 2017).

trabajador, con independencia de su relación laboral debe tener unos derechos laborales y los poderes públicos tienen la obligación de establecer una tutela legal y efectiva.

Hay que pensar cómo se deben organizar los derechos laborales de estos trabajadores. Es preciso establecer mecanismos que permitan una posición clara sobre el tiempo de trabajo, salario, condiciones de salud y seguridad en el trabajo, protección de datos y privacidad. No hacerlo estaría suponiendo un cheque en blanco a las nuevas formas de relación laboral. De no hacer nada, la precariedad laboral, ya de por sí elevada, aumentaría.

La digitalización de la economía presenta oportunidades y riesgos y estos deben ser debidamente valorados en todo lo que hace referencia los potenciales efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y la cualificación profesional. No obstante, y como paso previo a establecer esta protección es necesario realizar un primer ejercicio de aproximación a los derechos fundamentales que es necesario proteger (Tabla 2).

Esta lista no está cerrada. Además, es necesario establecer algún tipo de valoración cualitativa o cuantitativa con objeto de comprobar si realmente se realiza su cumplimiento. Una tarea que, hasta el momento, no ha sido posible llevarla a cabo.

Así, en primer lugar, es necesario que la entidad para la que se preste el servicio garantice los medios de producción suficientes para poder desarrollar su trabajo. En segundo lugar, hay que asegurar el derecho a la ocupación efectiva, de forma que el empleador garantice al prestador de los servicios una jornada mínima, salvo que el prestador decida una jornada inferior a ese mínimo; en este caso no se le podría exigir exclusividad en la prestación.

En tercer lugar, es necesario el pago de una retribución mínima, que permita al prestador no tener que desarrollar otra actividad complementaria para llegar una renta mínima. En cuarto lugar, hay que conseguir la desconexión digital del trabajador fuera de su horario de trabajo, salvo que el trabajador decida voluntariamente seguir conectado.

En quinto lugar, el trabajador tiene derecho a conocer su horario de trabajo, evitando el modelo de disponibilidad de 24 horas al día, 7 días a la semana. En sexto lugar, hay que asegurar la protección digital, de forma que el intermediario garantice la protección de los datos personales del prestador. Finalmente, es preciso mantener el derecho a la representación sindical.

Tabla 2: Derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital (I)

Derecho fundamental	Garantía	Cuantificación
Proporcionar los medios de producción	Los medios de producción suficientes para poder desarrollar su trabajo	Por el importe necesario para la correcta prestación del servicio, sin que estos recursos corran a cuenta del prestador
Ocupación efectiva	El tiempo de ocupación mínimo que le garantice no tener que desempeñar, salvo que él quiera, otro trabajo para complementar las horas que realiza con el empleador	Establecimiento de una jornada mínima de 8 horas, salvo que el prestador decida una jornada menor, en cuyo caso no se le puede exigir exclusividad en la prestación
Salario mínimo	Un salario mínimo que le permita no tener que desempeñar otro trabajo- salvo que él quiera- para complementar sus ingresos con otras fuentes	Retribución salarial al menos igual a la fijada en el convenio de la actividad económica desempeñada, si se realiza de forma exclusiva. Podrá ser menor si compatibiliza su prestación con otra actividad
Desconexión digital	La desconexión digital del trabajador fuera de su horario de trabajo, salvo que el trabajador decida voluntariamente seguir conectado	Fuera del horario de trabajo desconexión de los sistemas de geolocalización o móvil, salvo que el prestador del servicio decida no aplicar ese derecho.

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2: Derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital (II)

Derecho fundamental	Garantía	Cuantificación
Conocer el horario de trabajo	Garantizar una franja de horario de trabajo al prestador de servicios, evitando el modelo 7x 24	Establecimiento de una jornada pactada entre el trabajador y empleador. Esta puede ser de dos tramos: disponibilidad plena (horario en el cual el prestador tiene que estar siempre disponible) y disponibilidad flexible (horario en el cual el prestador puede no estar disponible)
Protección digital	La protección de los datos personales del prestador	Se debe asegurar, entre otros, el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales
Representación sindical	La representatividad sindical	Potenciar la representación sindical de los prestadores del servicio

Fuente: Elaboración propia

6. CONCLUSIONES

La actual economía poco o nada tiene que ver con la que conocíamos hace tres o cuatro décadas. La creciente digitalización de la actividad económica ha permitido acuñar el término “Economía 4.0”, para reflejar esta nueva revolución económica. Cada vez está más presente en nuestro día a día la robótica, la automatización de los procesos y la logística sin fronteras, elementos que condicionan claramente las relaciones laborales.

La forma tradicional de prestar una actividad está siendo superada por las NNTT. Y esto trae consigo importantes efectos sobre el número de empleos, su calidad, las condiciones de trabajo, los salarios y la protección social. Teniendo en cuenta lo expuesto podemos señalar sin equivocarnos que la Economía 4.0 va a influir, y mucho, en los derechos fundamentales.

Por otra parte, se suele argumentar que es imposible “poner puertas al campo” y que, por lo tanto, se debe reducir las exigencias para la creación de nuevas empresas, argumentado que el futuro pasa inexorablemente por dar una mayor

flexibilidad a las condiciones en las que se pacta el trabajo, al estar inmersos en un proceso de globalización mundial en un entorno cada vez más digital. Se pone como ejemplo, las nuevas plataformas que ofrecen una multitud de servicios y en las que la relación laboral se encuentra mucho más difuminada que en el modelo tradicional de prestación del trabajo.

Sin embargo, es necesario articular mecanismos que eviten, o al menos limiten notablemente las malas praxis de esta nueva situación. En este sentido, el derecho del trabajo y la seguridad social debe estar atento ante los cambios. Bajo este marco es necesario realizar un esfuerzo por garantizar los derechos fundamentales de los nuevos trabajadores de la era digital.

Para ello es necesario considerar tres elementos⁷. Primero, voluntad política de querer abordar con la profundidad adecuada todo lo que sucede bajo la digitalización económica. Segundo, conseguir una gobernanza eficaz del mercado de trabajo y tercero, fomentar el diálogo social, una materia pendiente en España, tal y como se ha podido comprobar en no pocas reformas laborales. Sin esa triada es muy difícil alcanzar esa garantía de los derechos fundamentales para los trabajadores en el nuevo marco digital en que ya se desarrollan las relaciones laborales.

7. BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, CES, *La digitalización de la economía*, Madrid: CES, 2017.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, CES, *El futuro del trabajo*, 3/2018, Madrid: CES, 2018.

EUROFOUND, *Nuevas formas de empleo*. Resumen ejecutivo, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, 2015.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Implicaciones distributivas de las reformas del mercado laboral: Aprendiendo de la experiencia de España*, 2020.

HERNÁNDEZ, M., “La digitalización de la economía: nuevas tendencias en el mercado de trabajo”, *La Riqueza de las Naciones*, Asociación de Española de Ciencia Regional, 2019.

OIT. *La calidad del trabajo en la economía de plataformas*, *El futuro del trabajo*, nota informativa 5, febrero, 2018.

⁷ OIT (2018, 2019a, 2019b)

OIT. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Organización Internacional del Trabajo, 2019a.

OIT. *Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, 2019b.

PÉREZ INFANTE, J.I. La estadística de convenios colectivos y la medición de la cobertura de la negociación colectiva, *Temas Laborales*, 136, 159-188, 2017.

VAQUERO, A. Nuevos retos laborales ante la digitalización: un análisis desde la perspectiva económica, *Temas Laborales*, 151, 311-326, 2020a.

VAQUERO, A. La economía 4.0 y el cumplimiento de los derechos fundamentales ¿Compatibilidad o *trade-off*?, Congreso internacional *on line* “Derechos fundamentales, trabajo subordinado y digitalización”, Valencia, 2020b

WORLD BANK GROUP. *Doing Business*. Comparing Business Regulation in economies, Varios años.

EL CONVENIO COLECTIVO NACIONAL RIDER DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020*

SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Profesora de Derecho del Trabajo

Universidad de Cagliari

EXTRACTO

Palabras clave: Plataformas, convenio colectivo rider, cualificación jurídica, representatividad sindical

El Convenio Colectivo firmado por Assodelivery (principal asociación de plataformas de reparto de comida) y el sindicato Ugl (sindicato minoritario de extrema derecha) regula la relación de trabajo de los riders (esto es, quien colabora con plataformas online en la entrega de bienes y comida), manteniendo la actual autonomía y flexibilidad organizativa de los riders, pero estableciendo una serie de tutelas mínimas. Estos trabajadores, calificados como autónomos, se colocan en el centro del trascendente debate institucional y doctrinal, en el que participan incluso el Ministerio de Trabajo y los principales sindicales nacionales. Según el Ministerio de Trabajo, el Convenio Colectivo no es válido porque el sindicato no cuenta con una representación suficiente de los riders en Italia, y tampoco cumple con la ley 12872019 que establece que las empresas de reparto cuenten con una compensación mínima horaria, mientras que el acuerdo de Assodelivery sólo garantiza el pago en función de las entregas. Por otro lado, los sindicatos más representativos en Italia, Cgil, Cisl y Uil consideran el acuerdo como una “mejora falsa”, porque trata a los riders como trabajadores autónomos. Sin embargo, la validez del acuerdo tendrá que ser probada en los tribunales.

ABSTRACT

Keywords: platforms; rider collective agreement; legal qualification; union representativeness.

The Collective Agreement signed by Assodelivery (the main association of food delivery platforms) and Ugl (a minor union with far-right affiliations) regulates the employment relationship of the riders (cyclists who collaborate with online platforms to bring goods and meals to end customers), maintaining the current autonomy and operational flexibility of the messengers, but establishing a package of minimum and mandatory protections recognized to them. These workers, qualified as self-employed, are at the centre of a strong institutional and doctrinal debate, in which the Ministry of Labour and the main national trade unions also took part. In opinion of Labour Ministry the agreement is not valid because the union does not sufficiently represent Italy’s delivery workers and also does not comply with a 2019 labour law that requires delivery companies to pay out hourly wages, while Assodelivery’s agreement only guarantees payments per delivery. And the other hand, Italy’s largest unions Cgil, Cisl and Uil had decreed the agreement as a “fake improvement”, because it treated riders as autonomous workers. Nevertheless, the validity if the agreement is likely to be tested in court.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R.

ÍNDICE

1. INTRODUCCION
2. CONTENIDO CONVENCIONAL Y CONTRASTO CON LA NORMATIVA
3. PRIMERA REACCIÓN: LA CARTA DE LA OFICINA LEGAL DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA CIRCULAR N. 17
4. SEGUNDA REACCIÓN: LA VOZ SINDICAL
 - 4.1. La palabra del sindicato comparativamente más representativo
 - 4.2. La palabra del sindicato urbano
5. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA APLICATIVO
6. LA REBELIÓN: EL CONVENIO COLECTIVO EMPRESARIAL DE JUST EAT

1. INTRODUCCIÓN

El 15 de septiembre de 2020 se ha firmado en Italia el primer Convenio Colectivo Nacional que regula concretamente la actividad de entrega de bienes por cuenta de terceros, realizada por trabajadores autónomos, denominados riders¹. Se trata del primer Convenio Colectivo dedicado a esta categoría de trabajadores no sólo en Italia, sino también en toda Europa, que ha entrado en vigor el 2 de noviembre. Ahora bien, la firma del presente convenio no puede considerarse positiva ya que no ha supuesto, más bien al contrario, alguna mejora de las condiciones de trabajo del mundo de las plataformas. En realidad, se trata de un acuerdo firmado por las principales plataformas de la industria de reparto de comida presentes en territorio italiano asociadas en Assodelivery (Glovo, Deliveroo, Just Eat, Uber Eats, Social Food) y el sindicato de derechas Ugl (*Unione Generale del Lavoro*) con la finalidad de eludir los vínculos establecidos por el denominado Decreto *rider* (Ley 2 de noviembre de 2019, n. 128).

La firma del Convenio no ha sido casual, ya que la normativa de 2019 permitía y fomentaba la regulación de las colaboraciones de los riders trámite una normativa específica respecto a la existente, a condición de que se tratase de un convenio colectivo nacional firmado por los sindicatos comparativamente más representativos. En concreto, el artículo 47-quater, párrafo 1, establece que los “convenios colectivos firmados por las organizaciones sindicales y empresariales comparativamente más representativas a nivel nacional pueden definir criterios de determinación de la compensación global que tengan en cuenta las modalidades de desarrollo de la prestación y de la organización del comanditario”, especificando en el segundo párrafo que en caso de no existir un convenio colectivo según las características establecidas por el mencionado párrafo primero, los trabajadores autónomos de las plataformas “no pueden ser retribuidos sobre la base de las entregas realizadas”, asimismo “se les debe garantizar una compensación

¹ Se puede ver el texto en el siguiente link:
https://www.lavorodirittieuropa.it/images/CCNL_Riders_15_09_2020.pdf

mínima horaria en relación con el mínimo retributivo” establecido en las tablas salariales de los “convenios colectivos nacionales de sectores afines o equivalentes firmados por las organizaciones sindicales y empresariales comparativamente más representativas a nivel nacional”.

Este Convenio Colectivo ha provocado una gran polémica en el mundo sindical italiano y diversas reacciones, tanto de los sindicatos como por parte del Ministerio de Trabajo. Por otro lado, una de las más importantes plataformas digitales – la Just Eat – ha anunciado su decisión de disociarse de la patronal Assodelivery con la intención de proceder diversamente y, por lo tanto, no aplicar las condiciones del Convenio. En concreto, pretende tratar a sus riders como trabajadores subordinados, a diferencia de cuanto prevé el Convenio Colectivo².

2. CONTENIDO CONVENCIONAL Y CONTRASTO CON LA NORMATIVA

El legislador italiano ha intervenido, después del conocido contencioso judicial Foodora³, con la Ley n. 128/2019 para tutelar a los trabajadores del sector de reparto de comida. Entre otras cosas, se solicitaba la negociación y firma de un convenio colectivo para los riders para el inicio del mes de noviembre de 2020. Hasta el momento de la firma de un convenio colectivo, en relación con el respeto del principio constitucional de la retribución suficiente, se aplicaban a los riders las cuantías salariales mínimas recogidas por las tablas salariales del Convenio Colectivo de la Logística firmado por las tres confederaciones mayormente representativas a nivel nacional: Cgil, Cisl y Uil⁴. Además, la ley n. 128/2019 modificaba parcialmente el artículo 2 del decreto legislativo n. 81/2015, por un lado, extendiendo la noción de colaboración hetero-organizada por el comanditario, a la cual se le aplica la disciplina normativa y contractual del trabajo subordinado. Y, por otro lado, añadiendo un Capítulo V bis que introduce una serie de tutelas mínimas para las restantes categorías de trabajadores autónomos que a través de plataformas incluso digitales realizan, en el contexto urbano, entregas de bienes con bicicletas o vehículos a motor. El interés del legislador que se observa en la normativa, es aquel de proteger y tutelar a los trabajadores de plataformas digitales de frente a todos

² Josephs J., “Just Eat to stop using gig economy workers”, BBC, 14 agosto 2020.

³ Sent. Corte Appello de Turín, 4 febrero 2019, n. 26 y Sent. Corte Cassazione, 24 enero 2020, n. 1663. El juez ha considerado a los *riders*, en estas sentencias, trabajadores hetero-organizados a los que se les aplica el art. 2 del decreto legislativo n. 81/2015 para los que prevé la tutela del trabajador subordinado.

⁴ Hay que tener en cuenta que Italia carece de una ley que determine concretamente el salario mínimo interprofesional, por lo que como *praxis* jurisprudencial, en caso de conflicto en relación con el respeto del principio del salario suficiente y proporcional, el juez aplica el mínimo establecido por las tablas salariales del Convenio Colectivo Nacional aplicable o afín.

los riesgos a los cuales están expuestos en la realización de su actividad de trabajo, si bien es cierto que la normativa genera bastantes dudas interpretativas. Coincide con las palabras del juez del Tribunal Supremo italiano cuando afirma que *non ha senso interrogarsi sul fatto che tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha stabilito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato*⁵.

En conclusión, por lo que respecta a la calificación jurídica de la relación de trabajo de los riders con las plataformas en Italia, a partir de la Ley n. 128/2019 tenemos, por un lado, a los riders con un contrato de colaboración coordinado continuativo (co.co.co.), lo que vendría a ser en el ordenamiento español la figura del Trade, a los que se les aplica las tutelas previstas para el trabajo subordinado. Y, por otro lado, los riders con un contrato de trabajo independiente o autónomo a los que se les aplica las tutelas previstas por la normativa legal recogidas en el Capítulo V bis del decreto legislativo n. 81/2015. Esta es la situación de los riders desde un plano legal, si bien es cierto y es necesario señalar que una importante sentencia posterior ha declarado que los riders son, en realidad, trabajadores subordinados⁶. En cualquier caso, con independencia de la calificación jurídica de la relación laboral entre la plataforma y el rider es evidente que la intención y la necesidad es aquella de tutelar a la categoría, algo que queda también evidente en la sentencia del Tribunal de Bolonia de 31 de diciembre de 2020, n. 2949 que reconoce la discriminación del algoritmo usado por la plataforma Deliveroo⁷.

Uno de los elementos más interesantes respecto de los riders autónomos es el relativo a la determinación de la compensación. Según la norma, la compensación de los riders viene establecida por los convenios colectivos estipulados por las organizaciones sindicales y empresariales comparativamente más representativas a nivel nacional, las cuales pueden definir criterios de determinación de la compensación que tengan en cuenta las modalidades de realización de la prestación y de la organización del comanditario. Ahora bien, si no existiera convenio colectivo aplicable, los trabajadores no pueden ser retribuidos sobre la base de las entregas efectuadas, en cuanto debe garantizarse una compensación mínima horaria en relación con el mínimo establecido por el convenio colectivo nacional de sectores afines o equivalentes firmados por las organizaciones sindicales y

⁵ Sent. Corte Cassazione, 24 enero 2020, n. 1663.

⁶ Sent. Trib. de Palermo, 24 noviembre 2020, n. 3570. Barbieri, M.: “Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders”, *Labour&Law Issues*, vol. 66, n. 2, 2020, p. 71 y ss.

⁷ Fernández Sánchez, S.: “Frank, el algoritmo consciente de Deliveroo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia 2949/2020, de 31 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 457, 2021.

empresariales comparativamente más representativas a nivel nacional. Asimismo, se debe garantizar a los trabajadores una indemnización integrativa no inferior al 10 por ciento por el trabajo nocturno, festivo y/o en condiciones meteorológicas desfavorables.

Hasta aquí cuanto dispuesto por la norma legal. Por su parte, el Convenio Colectivo rider lo primero que hace es definir las plataformas y la figura del rider en su art. 1 con palabras que coinciden casi literalmente con cuanto dispuesto por la norma legal, esto es aquella del Capítulo V bis. Sin embargo, el Convenio decide insistir sobre las características del sector y la naturaleza autónoma de la relación laboral. Así, en su artículo 3 reconoce la posibilidad del rider de prestar su actividad para plataformas de la competencia, además de la posibilidad de rechazar propuestas de entrega y de elegir dónde, cuándo y cuánto estar disponible. Ahora bien, en el mismo artículo se aclara que el hecho de acceder por parte del rider a la plataforma no significa que por ello recibirá propuestas de entrega. Asimismo, el artículo 7 vuelve a insistir sobre la naturaleza autónoma estableciendo que “la prestación se concretiza en la entrega de comida y otros productos a los clientes finales. Para ello, el rider tiene que dirigirse al lugar designado, retirar los bienes y efectuar, con un medio de transporte propio, la entrega al cliente” aclarando que esto no implica una aceptación por parte del rider, este puede rechazar la propuesta concreta de prestación en cualquier momento. Por otro lado, siempre incidiendo repetidamente sobre la naturaleza autónoma de la relación a la que se refiere el Convenio Colectivo, reconoce la libertad del rider para realizar la actividad de trabajo y, en caso de falta de asistencia en el lugar precedentemente establecido para recibir el orden, no se requiere una justificación, así como tampoco está sometido a un vínculo de horario. Además, el artículo 10 contiene un elenco ulterior de la flexibilidad de la prestación del rider en referencia a la compensación económica, mientras que en los artículo 8 y 9 hace referencia a la forma del contrato de trabajo autónomo haciendo referencia, por un lado, al derecho del rider a “autorregularse en el actividad de trabajo, en relación con el horario, lugar, tiempo y modalidad de ejecución de la prestación” y, por el otro, al derecho del rider de “extinguir unilateralmente el contrato en cualquier momento con efecto inmediato y sin que recaiga carga sobre él”. La lectura del Convenio Colectivo evidencia una insistencia “obsesiva” en recalcar la amplia libertad del rider, con la finalidad de reiterar y dejar patente el carácter autónomo del contrato de trabajo. La insistencia excesiva y la referencia a cada uno de los elementos característicos de la subordinación afirmando la ausencia en la relación de trabajo que nace de este Convenio demuestra una evidente preocupación de las partes frente a la posibilidad de que el contrato de trabajo sea declarado judicialmente como subordinado⁸.

⁸ Carinci, F.: “Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell’Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto”, Lavoro Diritti Europa, n. 1, 2021, p. 16.

Otro de los elementos más controvertidos del Convenio Colectivo es el sistema de determinación de la compensación económica del rider autónomo. Parece que el acuerdo introduce un sistema de cálculo a destajo mixto, el que en principio parecería contrario a cuanto dispuesto por la norma legal. Esta dispone que el convenio colectivo puede “definir criterios de determinación de la compensación global que tengan en cuenta las modalidades de desarrollo de la prestación y de la organización del comanditario” (art. 47-quater.1 del decreto legislativo 81/2015). Asimismo, la norma establece que en caso de no existir un convenio colectivo aplicable es obligatorio pagar al rider con “una compensación mínima horaria en relación con los mínimos recogidos por los convenios colectivos nacionales de sectores afines o equivalentes” (art. 47-quater.2 del decreto legislativo 81/2015). En función de la delega normativa, el Convenio Colectivo prevé que al rider se le “reconozca una compensación mínima por una o más entregas [...] equivalente a 10 euros brutos la hora”. Ahora bien, “en el caso en el que el tiempo estimado por la plataforma para la entrega fuese inferior a una hora el importe debido será revalorado proporcionalmente a los minutos estimados para las entregas realizadas” (art. 11.1). El valor mínimo indicado puede calcularse teniendo en cuenta las modalidades y condiciones de trabajo del rider, por ejemplo si se trata de un día festivo, de las condiciones meteorológicas, del horario. Asimismo, el Convenio prevé plus salariales si el trabajo se presta durante los días festivos recogidos por la norma. La determinación convencional de la compensación económica del rider algunos consideran que no respeta la letra legal al utilizar el sistema del destajo. Sin embargo, leyendo detenidamente la norma, aquella que permite a la negociación colectiva establecer la compensación, ésta simplemente indica que se realice en coherencia con “las modalidades de desarrollo de la prestación y de la organización empresarial” (art. 47-quater.1). Por lo tanto, parece que la norma no haga referencia a la obligación de un mínimo horario, así como también se intuye que deja plena libertad de organizar un sistema retributivo capaz de responder a determinadas exigencias. En efecto, se podría llegar a afirmar que no haya una relación entre el párrafo 1º y el 2º del artículo 47-quater, siendo el 2º párrafo un mecanismo de salvaguardia en el caso no exista un convenio colectivo aplicable⁹. Respecto de las críticas dirigidas a la compensación establecida por el Convenio Colectivo, en realidad, hay que tener en cuenta que determinarla en función del tiempo de trabajo entraría en directa colisión con la naturaleza autónoma del rider, naturaleza que ha decidido adoptar el Convenio analizado.

⁹ Pigliararmi, G.: “Accordo Assodelivery-UGL Rider: il nodo del sistema di determinazione del compenso”, Bolletino ADPT, n. 35, 2020.

3. PRIMERA REACCIÓN: LA CARTA DE LA OFICINA LEGAL DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y LA CIRCULAR N. 17

El 17 de septiembre, justo dos días después de la firma del Convenio Colectivo, el Ministerio de Trabajo envía una carta, algo que no había sucedido nunca en democracia, a Assodelivery y, sucesivamente, el 19 de noviembre publica la Circular n. 17 sobre la tutela del trabajo de los trabajadores de las plataformas digitales. En opinión de Matteo Sarzana, general manager de Deliveroo, obviamente compartida por las partes firmantes del acuerdo, el Ministerio ha reaccionado de forma “irritual” asumiendo un papel de interpretación de las normas que notoriamente no es competencia del Gobierno¹⁰ y, en cualquier caso, sin ninguna consecuencia¹¹. Hay que señalar que si bien es verdad que se trata de una carta jurídicamente argumentada, en realidad, no tiene algún valor jurídico, aunque esto no impide observar que con su intervención el Ministerio está dejando clara cuál sea su posición frente a la cuestión de los riders.

La carta, “en una óptica de colaboración interinstitucional para las oportunas valoraciones” por parte de Assodelivery, pone en duda que el Convenio Colectivo firmado sea compatible con cuanto establecido por el primer párrafo del art. 47-bis. En concreto, tres son los elementos puestos de relieve por el Ministerio: el defecto de mayor representatividad comparativa respecto del plano sindical de los sujetos que han firmado el Acuerdo, la ilegitimidad de la derogación de cuanto previsto por el párrafo 2º del art. 47-quater, del que deriva la necesaria determinación de la compensación sobre una base horaria y, por último, la concesión de unos poderes a las partes estipulantes del Convenio competencia del juez, al haber intervenido en la calificación jurídica del supuesto de hecho, “individuoando una suerte de actividad típica a la que atribuir la naturaleza de trabajo autónomo”¹². El Ministerio aclara en su carta, en primer lugar, que la norma que reenvía a la negociación colectiva el poder regular las modalidades de determinación de la compensación económica del rider se refiere a las organizaciones, tanto empresariales como sindicales, con “mayor representatividad comparativa”. Como consecuencia, está claro que la norma se refiere a dichas organizaciones, por lo que aquellas que no cuenten con

¹⁰ Sarzana, M.: “Dal food delivery diritti, tutele, opportunità di lavoro e sviluppo economico”, Lavoro Diritti Europa, n. 1, 2021, p. 5.

¹¹ Capone, F. P.: “Ccnl rider: primo contratto collettivo in Europa per tutelare la categoria”, Lavoro Diritti Europa, n. 1, 2021, p. 4.

¹² Tosi, P.: “La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative”, Lavoro Diritti Europa, 1/2021, p. 14. El A. considera que la escritura de la carta por parte del Ministerio se ha hecho “en caliente”, para quien además una asociación sindical, en el ejercicio de la libertad sindical garantizada constitucionalmente, puede organizarse y representar específicamente a los riders del art. 47-bis indicando concretamente las características que en su opinión deben poseer para ser adscritos a tal categoría, “sin por ello invadir el poder de cualificación de la relación competencia del juez”.

la mayor representatividad comparativa carecerán del requisito subjetivo necesario para regular dicha materia. Asimismo, el Ministerio no considera suficiente el criterio de la mayor representatividad histórica de las organizaciones estipulantes – con ello el Ministerio acepta que Ugl posee dicha representatividad – sino más bien el requisito selectivo constituido por el parámetro comparativo sobre base nacional. Según criterio jurisprudencial¹³, el requisito de la mayor representatividad comparada presupone una comparación de naturaleza comparativa, específica y concreta y de tipo cuantitativo en el ámbito considerado por la ley, nacional en el caso que nos ocupa. Por consiguiente, para el Ministerio falta el requisito normativo. Sin embargo, algún autor de la doctrina considera que este dato no es correcto, ya que, por un lado, Assodelivery es la única organización empresarial que asocia a las empresas del *food delivery* y, por otro lado, Ugl rider es la única organización sindical que asocia y representa específicamente a los riders que trabajan en este sector¹⁴. Obviamente, se debe entender que se trata de los riders autónomos. Si dicha afirmación fuese cierta, en cualquier caso, la norma hace referencia a una pluralidad de organizaciones, por lo que es evidente que faltaría el requisito normativo. Cuando la norma se refiere a organizaciones sindicales lo hace en plural, por lo que la firma por parte de una sola sigla sindical no responde a tal requisito. Según el Ministerio, la falta del requisito subjetivo y la presencia de un solo sindicato firmante conlleva la imposibilidad de derogar cuanto dispuesto por la norma en lo relativo a la compensación económica de los riders autónomos. Pietro Ichino, por ejemplo, se muestra contrario al problema de la representatividad evidenciada por el Ministerio. El Convenio Colectivo rider, en su opinión, “define la nueva categoría de los riders”¹⁵. Estamos frente al nacimiento de esta nueva categoría contractual en un régimen de libertad sindical, como lo es el italiano (art. 39 Cost.), y si en un futuro se firmase otro convenio colectivo por otros sindicatos y otra asociación empresarial, es entonces cuando se pondría el problema de cuál es la organización comparativamente mayormente representativa. Según Ichino, por ahora, el único convenio colectivo para la categoría de los riders autónomos es el

¹³Por ejemplo, Sent. Trib. Const., 26 marzo 2015, n. 51 nota de Laforgia, S. en Argomenti di diritto del lavoro; Trib. Supremo, 12 marzo 2015, n. 4951; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 8 febrero 2018, n. 1522; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, 7 agosto 2014, n. 8865.

¹⁴Tosi, P.: “La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative”, op. cit., p. 17.

¹⁵Ichino pone como ejemplo, para explicar el nacimiento de una nueva categoría sindical, cuanto ocurrió en los años 70 en el sector aéreo. En efecto, los pilotos formaban parte de la categoría del “personal del aire” y sus condiciones de trabajo, junto con las del resto del personal del aire, estaban reguladas por un convenio colectivo nacional firmado por los sindicatos Cgil, Cisl y Uil. Esto fue así hasta que el Anpac consiguió firmar un convenio colectivo sólo para los pilotos, produciéndose de tal forma el nacimiento de una nueva categoría al escindirse de aquella del personal del aire. En Ichino, P.: “Perché non va azzoppato il contratto tra Assodelivery e Ugl-Rider”, lavoce.info, 21 septiembre 2020. En el mismo sentido, Cazzola, G.: “Politically (in)correct – I riders rapiti”, Bolletino ADPT, n. 34, 2020.

firmado por Ugl y Assodelivery y, por lo tanto, no hay posibilidad de realizar una operación comparativa.

Otro de los elementos problemáticos individualizados por la carta del Ministerio hace referencia a la compatibilidad sustancial entre cuanto previsto por el Convenio Colectivo y las garantías mínimas establecidas por la norma. Así, el art. 47-quater reconoce a las organizaciones sindicales y empresariales, que cuenten con la mayor representatividad comparativa, la facultad de establecer los criterios para determinar en su conjunto la compensación económica según las modalidades concretas de la prestación, garantizando en cualquier caso una compensación mínima horaria. Sin embargo, el Convenio Colectivo no contempla esta garantía mínima. Esto, por lo tanto, es otro elemento de conflicto con la norma legal. Por último, el Ministerio evidencia que la cualificación jurídica del supuesto de hecho, esto es la relación jurídica existente entre el rider y la plataforma, es una labor de competencia judicial, no de la autonomía colectiva¹⁶. Otro elemento sobre el que, en opinión del Ministerio, el Convenio Colectivo se ha excedido.

Tal y como apuntaba al principio, es la primera vez que el Gobierno envía una carta a una asociación empresarial después de la firma de un Convenio Colectivo para indicarle que, en realidad, se han comportado de forma diferente a cuanto había solicitado el Ministerio porque hay que recordar que las partes sindicales y empresarial habían sido convocadas por el Gobierno para que llegaran a un acuerdo, reunión a la cual se negó a participar Assodelivery. Si bien es cierto que desde un punto de vista jurídico dicha carta no tiene ningún valor, también es verdad que es una señal política a valorar. En cualquier caso, demuestra el interés del Gobierno italiano en tutelar y regular la situación de los trabajadores en plataformas¹⁷. Dicho interés queda patente una vez más con el Decreto Ministerial n. 131 de 2020 crea el Observatorio permanente en materia de tutela del trabajo trámite plataformas digitales. El Observatorio está presidido por el Ministerio y compuesto por representantes de determinadas organizaciones empresariales y sindicales, entre las que se encuentran también Assodelivery y UGL. La finalidad del Observatorio permanente es asegurar la supervisión y valoración independiente de las disposiciones recogidas por la Ley n. 128/2019, verificar los efectos y proponer eventuales revisiones en función de la evolución del mercado de trabajo y de la dinámica social.

¹⁶ A. Aloisi y De Stefano, V.: “Il pacco è servito?”, Il Mulino, 18 septiembre 2020.

¹⁷ Para Pietro Ichino, sin embargo, la Circular es “el más clamoroso intento desesperado que se recuerde, desde que ha nacido el derecho sindical. Sólo por contrarrestar el Convenio Colectivo Assodelivery/Ugl Rider, el Ministerio de Trabajo está listo para cancelar el primer párrafo del artículo 39 de la constitución [italiana], y con esto setenta años de derecho sindical”. En concreto, el primer párrafo del art. 39 de la Constitución establece que la organización sindical es libre, esto es reconoce la libertad sindical.

Por último, la Circular n. 17 publicada el 19 de noviembre de 2020 por el Ministerio de Trabajo reitera principalmente cuanto escrito en la carta remitida a Assodelivery, en particular, la falta de validez del convenio colectivo nacional firmado por organizaciones sindicales que no cuentan con la mayor representatividad comparativa en el ámbito categorial de referencia o por una sola organización sindical no puede derogar la normativa legal. En esta Circular, en resumen, se reitera y se explica lo dispuesto por la normativa legal en relación con los trabajadores de plataformas digitales. Así, la Circular se ocupa de la interpretación de la normativa especial para los riders autónomos recogida en el Capítulo V-bis

A las Circulares del Ministerio hay que añadir la tan esperada como necesaria, pero intempestiva Circular n. 7 de la Inspección Nacional de Trabajo de 30 de octubre de 2020, ya que un año después de la promulgación de la Ley 128/2019 viene a aclarar que el artículo 2.1 del decreto legislativo 81/2015 se aplica también a los riders, es decir la norma referida a las colaboraciones hetero-organizadas. Dicha colaboración, aclara, subsiste “cuando la actividad del colaborador está plenamente integrada en le actividad productiva y/o comercial del comanditario y esto resulte indispensable para realizar la prestación de trabajo”. Respecto de los riders autónomos, la Circular de la Inspección observa que “las hipótesis de trabajo autónomo reguladas pro el Capítulo V bis se caracterizar por un mayor grado de autonomía decisional por parte del colaborador en relación con las modalidades ejecutivas de las prestaciones”. Ahora bien, aclara que “la previsión de funciones de *no show* o *swap* o similares posibilidades reconocidas al trabajador para declinar la llamada no es suficiente para excluir la hetero-organización”. La conclusión a la cual podemos llegar después de una lectura de la Circular de la Inspección es que no será fácil encontrar verdaderos riders autónomos¹⁸.

4. SEGUNDA REACCIÓN: LA VOZ SINDICAL

4.1. La palabra del sindicato comparativamente más representativo

Cgil, Cisl y Uil han manifestado desde el principio que se trata de un convenio colectivo pirata, estos habrían querido aplicar a los riders el convenio colectivo de la logística que establece el reconocimiento de la naturaleza subordinada de las relaciones de trabajo y, por lo tanto, comporta un sensible aumento de los costes y tutelas del trabajo. Y esta es la razón por la que Assodelivery ha preferido firmar con el sindicato Ugl, esto es porque desde siempre ha defendido una política contraria siendo disponible a reconocer la naturaleza autónoma de la relación de trabajo con

¹⁸ Barbieri, M.: “Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell’esemplare sentenza di Palermo sui riders”, op. cit., pp. 68-69.

los riders. Para la Cgil, el acuerdo es un acto grave¹⁹, buscado intencionalmente por la asociación patronal que ha evitado desde el principio el diálogo con los sindicatos más representativos, Cgil, Cisl y Uil. La actitud de Assodelivery contraria a un acuerdo queda evidente por el hecho que a la cita propuesta por el Ministerio de Trabajo italiano para el 3 de agosto a todas las partes implicadas para iniciar y buscar soluciones contractuales compartidas se ha siempre encontrado con la negativa de la parte patronal.

La primera crítica lanzada por el sindicato hace referencia a que el acuerdo intente “blindar” la naturaleza autónoma de la relación de trabajo. De esta forma, se cierra la puerta a las tutelas reconocidas por la normativa de 2019. La calificación jurídica de la relación laboral, como ya se apuntaba anteriormente, no es labor de las partes sociales sino del juez. En cualquier caso, las partes pueden denominar la relación laboral como deseen, en caso de contencioso será la vía judicial a decidir sobre el *nomen iuris* en función del programa negocial acordado y de la realidad de los hechos concretos. Asimismo, el sistema retributivo reconocido por el acuerdo que, en principio, podría parecer más beneficioso, en realidad no lo es, además del hecho de que reconoce el destajo, contrariamente a cuanto prevé la norma legal. Las críticas sindicales, en realidad, se mueven en la misma línea que aquellas del Ministerio de Trabajo, visto que el contenido del acuerdo no respeta la normativa legal. El problema es que siendo el convenio colectivo un acuerdo que se rige por las normas de derecho privado en Italia, el reconocimiento recíproco de las partes otorga validez al contenido pudiéndose aplicar a aquellos trabajadores afiliados al sindicato estipulante y a las empresas inscritas a Assodelivery (eficacia limitada del convenio colectivo).

Por último, en respuesta al Convenio Colectivo, el 2 de noviembre de 2020 Cgil, Cisl y Uil han firmado un protocolo de actuación para los riders del artículo 47.bis y siguientes del decreto legislativo 81/2015 con los interlocutores empresariales, todos aquellos que firmaron en su momento el Convenio Colectivo de la Logística, por lo tanto con un ámbito de aplicación que va más allá de las solas empresas del *food delivery*. En el protocolo se prevé la aplicación de buena parte de las condiciones de trabajo que anteriormente se reconocía a los riders subordinados con el acuerdo integrativo del 18 de julio de 2018.

Es necesario destacar que después de la firma del Convenio Colectivo y de todas las críticas desde diversos frentes, la Assodelivery ha decidido participar en el diálogo social para llegar a la conclusión de dos acuerdos marcos nacionales: el primero sobre la legalidad y transparencia, que fije sólidas reglas contra el

¹⁹ Scacchetti, T.: “I rider dopo il contratto UGL”, Lavoro Diritti Europa, n. 1, 2021, p. 2. Con mucha menos delicadeza se ha referido al Convenio Colectivo de UGL el secretario nacional de la Uil, denominándolo *Capestro* (hace referencia a aquel contrato que impone condiciones muy duras, tratándose el *capestro* de la cuerda que se usa para ahorcarse).

llamado *caporalato* digital, la intermediación ilícita y la explotación, y el segundo sobre salud, higiene y vigilancia sanitaria para los repartidores. El desafío en este momento, según la Cisl, es llegar a un confronto contractual con Assodelivery para superar el sistema retributivo del destajo y construir garantías y tutelas universales definidas de forma negociada²⁰.

4.2. La palabra del sindicato urbano

Se trata, en primer lugar, de los Riders Union Bologna, que se define como una forma de sindicalismo informal metropolitano. Esta asociación nace en el noviembre de 2017 después de una fuerte e imprevista nevada en la ciudad de Bolonia, donde a pesar de la seria situación climática los riders se han visto obligados a seguir trabajando. Esto produjo una negativa espontánea de los riders a continuar con el servicio, lo que dio origen al sindicato²¹. Esta asociación junto con otras experiencias similares ciudadanas, como por ejemplo Deliverance Milano, ha llevado a la creación de la red RiderXiDiritti, que no es otra cosa que una red de organizaciones metropolitanas, con la finalidad de construir una plataforma nacional en la que se pudiese discutir como realidad coordinada en el ámbito de negociación ministerial y empresarial²².

La principal crítica de esta red sindical es que la compensación establecida por el Convenio Colectivo es solo una apariencia, ya que sólo en apariencia hace pensar que fija un mínimo horario, tal y como prevé la ley. Sin embargo, en la realidad, se calcula no sobre una base horaria sino más bien sobre el tiempo o lo minutos que según la plataforma son necesarios para realizar la entrega²³. Por lo tanto, esto no es otra cosa que remunerar a destajo, contrario a la garantía de una compensación mínima. Y supone el reconocimiento de un pago horario inferior al previsto por la norma legal, así como inferior al establecido por el Convenio

²⁰ Sbarra, I.: “Riders: elevare salari e tutele percorrendo la via contrattuale”, Lavoro Diritti Europa, n. 1, 2021, p. 3.

²¹ Son los responsables de la firma de la *Carta dei diritti dei lavoratori digitali in contesto urbano*, primer acuerdo entre los representantes de los trabajadores y las plataformas digitales (Sgam, MyMenu y Domino's) por la que se obligan a respetar, para todos los riders en servicio en la ciudad de Bolonia, los estándares mínimos retributivos recogidos por el Convenio Colectivo Nacional de la Logística, el derecho a la desconexión, la interrupción del servicio en caso de condiciones atmosféricas particularmente difíciles, garantía de asambleas retribuidas.

²² Además de la coordinación nacional, han formado otra transnacional, Alliance Unidxs World Action.

²³ Mancuso, R.: “La voce di Riders Union Bologna”, Lavoro Diritti Europa, n. 1, 2021, p. 4.

Colectivo nacional de la Logística porque no tiene en cuenta el tiempo de espera del rider, tiempo durante el cual queda a disposición de la plataforma²⁴.

Un segundo elemento de profunda criticidad del Convenio Colectivo, siempre en opinión del sindicato metropolitano, hace referencia a la posibilidad de contratar a un número ilimitado de personas al no existir un límite máximo fijado por la norma convencional. La inexistencia de vínculos cuantitativos provoca una mayor precarización de la situación de los riders, ya que, por un lado, al haber un número ilimitado de personal disponible, las posibilidades de trabajo, es decir de realizar entregas disminuye. Y, por otro lado, la existencia de una gran reserva de personal a la que la plataforma puede acudir en caso de faltas de disponibilidad por parte de algunos riders anula o disminuye, por ejemplo, las consecuencias de una protesta. Asimismo, dicha situación da lugar a mecanismos de competición y auto-explotación entre los trabajadores²⁵.

En definitiva, para este red sindical no hay ninguna duda de que el Convenio Colectivo es un convenio pirata, donde el sindicato Ugl se ha avalado de la colaboración de la asociación de trabajadores pro-destajo (ANAR), cercana a los intereses de la patronal.

5. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA APLICATIVO

La mayor representatividad comparativa solicitada por la norma legal debe valorarse respecto de las partes que han firmado el Convenio Colectivo, esto es Assodelivery y Ugl rider. En realidad, nos encontramos frente a un solo convenio colectivo que se refiera al sector rider, hasta la fecha es el único relativo a esta categoría. Por esta razón, no hay más remedio que aceptar que Assodelivery representa a casi el 90 por ciento de las sociedades que se ocupan de la gestión de las plataformas digitales en Italia, este dato confiere por sí mismo credibilidad al sindicato Ugl, con el cual decide sentarse frente a una mesa de negociación y firmar un acuerdo. Esto es así porque a la negociación colectiva en Italia se le aplica la normativa del derecho privado, por lo que basta para dar validez al contrato firmado que exista un mutuo reconocimiento de las partes. Dicho acuerdo, al carecer las partes de personalidad jurídica, tendrá una eficacia aplicativa limitada, esto es se aplicará sólo a los inscritos o afiliados a las organizaciones que han firmado el convenio. Asimismo, hay que indicar que el sindicato Ugl rider adhiere a la confederación Ugl, reconocida como dotada de mayor representatividad, que nace de su adhesión con la Asociación nacional autonomía rider (Anar), que cuenta

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*

si bien es verdad con una limitada base asociativa²⁶. De consecuencia, intentar una intervención judicial para deslegitimar el Convenio Colectivo respecto de la representatividad sindical no parece que sea la solución más idónea. El ordenamiento jurídico italiano reconoce una amplia libertad sindical, aun sin contar con una ley sindical sobre la representación y la eficacia jurídica de la negociación colectiva²⁷, y esta es la razón por la que el Convenio Colectivo que nos ocupa, y aunque no nos guste por sus límites y la poca tutela que ofrece a los riders, hay que considerarlo legítimo.

La segunda posibilidad sería aquella de acudir al artículo 28 del *Statuto dei lavoratori* denunciando la conducta antisindical de Assodelivery al haber impuesto a sus riders la aplicación del Convenio Colectivo Y esta ha sido la vía elegida por la organización sindical Cgil. Sin embargo, y en mi opinión correctamente, el Tribunal de Florencia ha observado que la legitimación para accionar un procedimiento para la represión de la conducta antisindical no puede extenderse a los riders de Assodelivery porque no son trabajadores subordinados²⁸. Por lo tanto, en opinión del juez, a los riders no se les aplica la tutela prevista por el artículo 28 del *Statuto dei lavoratori*, en cuanto estos no son trabajadores dependientes. Como se puede observar, el juez de Florencia no entra a valorar el contenido del Convenio Colectivo, ni tampoco la naturaleza subordinada o autónoma de los riders, simplemente subraya que si el Convenio Colectivo es aplicable a los riders autónomos, a estos no les protege cuanto previsto en la norma estatutaria respecto de la conducta antisindical.

No obstante, la solución para su inaplicación puede encontrarse en determinados acontecimientos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio Colectivo. En primer lugar, la sentencia del Tribunal de Palermo del 24 de noviembre de 2020 ha reconocido, por primera vez en Italia, el carácter subordinado de la relación de trabajo de los riders²⁹. Esto comportaría, si la

²⁶ Carinci, F.: “Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell’Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto”, op. cit., pp. 22-23.

²⁷ La falta de una ley sindical en Italia se debe originariamente a la renuncia por parte de los sindicatos de actuar cuanto dispuesto en el párrafo 2º del artículo 39 de la Constitución italiana, esto es su inscripción en un registro junto con la presentación de unos Estatutos fundados democráticamente. La razón de tal negativa se debió, en un principio, a evitar que pudiese suceder cuanto ocurrió con los sindicatos durante el Régimen corporativista y también porque, en su mayoría, consideraron más conveniente poder actuar en un sistema basado en una amplia libertad sindical.

²⁸ Decreto 9 febrero 2021.

²⁹ Sent. Trib. de Palermo, 24 noviembre 2020, n. 3570. La decisión del juez de Palermo hace numerosas referencias a la importante sentencia española del Tribunal Supremo n. 805/2020. Así como de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 22 de abril de 2020, causa C-692/19 que también considera decisivo, desde el punto de vista de la calificación de la naturaleza contractual,

orientación judicial se consolidase, la imposibilidad de aplicar las condiciones previstas en el Convenio Colectivo riders, ya que significaría la oposición al encuadramiento en el ámbito de la autonomía de las prestaciones de trabajo de los riders de las plataformas digitales³⁰. De consecuencia, las implicaciones de este pronunciamiento judicial son potencialmente notables, por lo que sería necesario que todas las partes implicadas en el asunto de los riders la tuvieran presente³¹. Mientras el Convenio Colectivo presupone que la actividad de los riders sea encuadrada en el ámbito de la autonomía, el juez palermitano niega completamente en virtud de la efectiva modalidad de desarrollo de la relación contractual con la plataforma, en la que el magistrado encuentra elementos de hetero-dirección de la prestación comparables con aquellos típicos de la vieja organización fordista: “exactamente como un obrero del siglo pasado respecto de las modalidades de funcionamiento de la cadena de montaje”³². Y, en tal caso, una retribución sólo a destajo sería incompatible con una relación de trabajo subordinado.

En esta misma perspectiva, algunos días después, una comunicación de la Inspección Nacional de Trabajo y otra del Fiscal de la República italiana han provocado un verdadero revés a todo el asunto de los riders³³. La Inspección Nacional de Trabajo junto con la Fiscalía ha establecido que Just Eat, Glovo, Uber Eats y Deliveroo – todas plataformas que en Italia, salvo la primera, aplican el Convenio Colectivo riders – tienen que aplicar a sus riders las tutelas previstas para los trabajadores subordinados. Han llegado a dicha conclusión después de haber analizado el mecanismo de funcionamiento del App que administra las prestaciones de trabajo de los riders. Ha evidenciado que el rider no es un trabajador ocasional, que desarrolla una prestación en autonomía y a título accesorio. Más bien, al contrario, el rider se encuentra integrado en la organización de la empresa operando dentro del ciclo productivo del comanditario que coordina su actividad laboral a distancia, a través de una aplicación digital preinstalada en el móvil o tablet del trabajador. Por otro lado, el rider está geolocalizado constantemente por la plataforma, cuyos operadores intervienen, por ejemplo, si se desvía del recorrido sugerido por el sistema informático o si evidencia que en fase de entrega el rider

la evaluación de una efectiva libertad de elección del trabajador en relación con la aceptación de cuanto requerido por el empresario. Sólo allá donde ejercite un efectivo “poder discrecional” de elección, esto es que no esté condicionada por posibles efectos perjudiciales determinados unilateralmente por el gestor de la plataforma, como la pérdida de futuras ocasiones de trabajo, se podrá afirmar que el trabajador goza de aquella libertad de auto-organización que constituye la esencia del trabajo autónomo.

³⁰ Giubboni, S.: “La subordinazione del rider”, *Menabò di Etica ed Economia*, n. 140, 2020, 14 diciembre 2020, pp. 3-4.

³¹ *Ibidem*.

³² *Vid. supra* nota 6.

³³ 24 febrero 2021.

no está en movimiento. En palabras del Fiscal, se trata de un sistema que se basa en una presión continua sobre el trabajador, el cual no puede sustraerse para evitar de retroceder o incluso ser expulsado del sistema y, por lo tanto, no poder trabajar. El elemento importante de esta intervención es que permite asegurar las tutelas de la subordinación a todos los riders y no de forma individual. Asimismo, esta decisión comporta la aplicación a los riders de estas plataformas del tratamiento retributivo del trabajador dependiente, del consecuente encuadramiento en la Seguridad Social y, sobre todo, la plena tutela en materia de salud e higiene. Esto obliga a las plataformas a proceder a una recualificación contractual de la relación de trabajo del rider con la sociedad de *food delivery* y, como consecuencia, se les aplicará el artículo 2 del decreto legislativo 81/2015. Y, por último, según el Fiscal, el encuadramiento de los riders dentro de una prestación de tipo coordinado y continuativo implica la prohibición de la retribución según un sistema de destajo. Por lo tanto, en mi opinión, no será posible que estas plataformas, al menos aquellas que han sido objeto de investigación, apliquen las condiciones previstas por el Convenio Colectivo rider firmado por Assodelivery y Ugl, el cual está dirigido, como el texto indica, a los trabajadores autónomos.

En cualquier caso, todo el asunto suscitado en torno a la firma de este Convenio Colectivo, al cual todavía no podemos poner un punto final, evidencia, por un lado, la complejidad del sistema sindical italiano – *un gigante dai piedi di argilla*, según Tiziano Treu –, y, por otro lado, la conciencia de las condiciones actuales de trabajo de una parte de la mano de obra que evoca, pese al transcurso del tiempo jurídico, situaciones del siglo pasado; *ma immaginare, e vedere con i propri occhi, come queste divengano forma ordinaria di sfruttamento, in primo luogo induce tristezza, poi razionalmente, dovrà provocare ribellione*³⁴. Y, quizás, esto no es otra cosa que una rebelión.

6. LA REBELIÓN: EL CONVENIO COLECTIVO EMPRESARIAL DE JUST EAT

Just Eat, la plataforma rebelde en Italia del *food delivery*, que ya en su momento decidió no aplicar el Convenio Colectivo nacional riders, ahora se ha puesto de acuerdo con los sindicatos mayormente representativos a nivel nacional de la categoría del transporte, esto es Filts-Cgil, Fit-Cisl y Uil Trasporti, para firmar el primer convenio colectivo empresarial para los riders en Italia³⁵. Esto ha sido posible, principalmente, porque la plataforma decidió desvincularse de la

³⁴ Loy, G.: “Sul mondo dei rider”, Il Manifesto Sardo, 22 marzo 2021. <https://www.manifestosardo.org/sul-mondo-dei-rider/>

³⁵ Accordo Integrativo Aziendale entre Just Eat y FILT-CGIL, FIT-CISL, UIL Trasporti nonché NIDIL-CGIL, Felsa-CISL e UILTEMP-UIL, 29 marzo 2021.

asociación empresarial Assodelivery, porque de lo contrario le sería aplicable el convenio colectivo nacional firmado por la misma. Y este convenio, evidentemente, responde a cuanto solicitado por el Ministerio y a cuanto establecido por la normativa.

El acuerdo empresarial, que será de aplicación a los riders de Just Eat, prevé la inserción de sus riders dentro del convenio colectivo nacional de la Logística, aquel preferido desde el principio por los sindicatos mayormente representativos a nivel nacional, salvo Ugl, obviamente. Como se apuntaba al principio, el nuevo modelo de negocio de la plataforma, denominado Scoober y que ya ha empezado a funcionar en la ciudad de Monza, prevé el encuadramiento de los riders como trabajadores subordinados, así como el reconocimiento de festivos, trabajo extraordinario, vacaciones, enfermedad, maternidad/paternidad. El rider, en este caso trabajador subordinado, perderá algunas de las libertades propias del trabajador autónomo, así no podrá elegir la franja horaria de disponibilidad ni tampoco rechazar los encargos que recibirá, lo cual no es otra cosa que el ejercicio del poder directivo empresarial. Además, según cuanto dispuesto en el artículo 1, “los rider no pueden desarrollar otras actividades de trabajo autónomo, parasubordinado o subordinado durante el horario de trabajo durante el cual se desarrolla la prestación a favor de la Sociedad”. Ahora bien, dicho vínculo, en cambio, “no subsiste fuera del horario de trabajo”, pese a que es necesario dirigir una “preventiva comunicación escrita” a la empresa. La compensación horaria no será inferior a los 9 euros hasta que se madure una antigüedad laboral de una duración total de dos años. Se parte con 8,50 euros a la hora, a la que se añade el premio de resultado de 0,25 euros por entrega (“premio de valorización”), que serán 0’50 euros si en un mes el rider supera las 250 entregas y el acantonamiento del denominado TFR (*trattamento fine rapporto*)³⁶, además de las eventuales cantidades por trabajo suplementario (por tratarse de un contrato a tiempo parcial), extraordinario, festivo o nocturno. La retribución sigue cuanto establecido por las tablas salariales del convenio colectivo nacional de la Logística (salario mínimo). Asimismo, el acuerdo prevé una indemnización a título de reembolso kilométrico por el uso del propio medio para realizar el trabajo, ya sea ciclomotor o bicicleta.

Una aplicación se encargará de planificar los turnos de trabajo a partir de los diferentes regímenes de horario a tiempo parcial previstos por el acuerdo, que serán de 10, 20 o 30 horas semanales. El acuerdo, en efecto, apuesta por la flexibilidad, con la previsión de un modelo part-time construido según las exigencias del trabajador y la posibilidad de hacer uso de contratos de trabajo flexibles dentro de los límites normativamente preestablecidos. Así, será posible la inclusión en el contrato individual de “una cláusula elástica, que permita la modificación del

³⁶ El TFR es una suma de dinero que el empresario debe entregar al trabajador subordinado al concluir la relación de trabajo. La cantidad viene determinada por el acantonamiento de una cuota igual al 6,91% de la retribución anual y de las relativas revalorizaciones, por cada año de servicio.

horario semanal definido por la Sociedad, con un preaviso mínimo de 2 días” (art. 5). Por otro lado, a los riders de Just Eat se les aplicará la normativa vigente en materia de salud e higiene y la empresa les dotará gratuitamente de todos aquellos dispositivos de protección individual necesarios para realizar su trabajo: casco, indumentos de alta visibilidad, de protección en caso de lluvia, además de mascarillas y gel desinfectante anti-Covid. Asimismo, los trabajadores gozarán de la cobertura de seguro ofrecida por la Seguridad Social pública, junto con un seguro en caso de que se verificase un accidente grave de trabajo.

La experiencia podría ser un llamamiento a la rebelión de las otras plataformas digitales operantes en el sector *food delivery*, las cuales podrían seguir el modelo de subordinación proyectado con el objetivo de crear una situación de igualdad de condiciones. Esta vía, además de Just Eat, la está recorriendo otra plataforma italiana del sector, Alfonsino. En cualquier caso, aunque puede apreciarse una mejora en las condiciones de trabajo de los rider, por el hecho de considerarlos subordinados, así como el respeto de cuanto previsto por la normativa, en realidad, la sostenibilidad de este sistema tendrá que verificarse con el tiempo.

LAS REPRESENTACIONES COLECTIVAS DE TRABAJADORES EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES*

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ¹

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditado a Catedrático de Universidad*

Universidad Pompeu Fabra

EXTRACTO

Palabras clave: Plataformas digitales, tipo de trabajo, representación electiva, representación sindical

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han afectado de manera directa aspectos claves de la vida diaria y, también, de las relaciones laborales, al incidir en los procesos productivos de cualquier economía de mercado. Se habla abiertamente de que en la actualidad estamos viviendo una nueva revolución tecnológica conocida como cuarta revolución industrial.

La prestación de servicios mediante plataformas digitales constituye una de las grandes transformaciones experimentadas en el tejido productivo en los últimos años, y está suscitando una gran polémica a nivel doctrinal. Una nueva forma de deslocalización de la mano de obra que ha originado nuevas formas también de prestar servicios, perjudicando seriamente la acción colectiva del sindicato. Se trata éste de uno de los retos principales ante los que se encuentra la acción sindical en nuestros días, y que requiere de una respuesta inmediata dirigida a tutelar a este colectivo de trabajadores. La necesaria revalorización de la representación unitaria y sindical en estas nuevas formas de trabajo tecnológico y su necesaria interpretación en clave garantista, es la que va ser objeto de análisis en las siguientes páginas.

ABSTRACT

Keywords: Digital platforms, type of work, elective representation, trade union representation

New information and communication technologies have directly affected key aspects of daily life and also of industrial relations by influencing the production processes of any market economy. There is open talk that we are currently experiencing a new technological revolution known as the fourth industrial revolution.

The provision of services through digital platforms is one of the great transformations experienced in the productive fabric in recent years, and is stirring up a great controversy at the doctrinal level. A new form of relocation of labour that has led to new forms also of providing services, seriously impairing the collective action of the union. This is one of the main challenges facing trade union action today, and which requires an immediate response aimed at protecting this group of workers. The necessary revaluation of unitary and trade union representation in these new forms of technological work and its necessary interpretation in guarantee key is the one that will be analyzed in the following pages.

* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar” (2019-2021), a cargo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y con número de referencia: RTI2018-097947-B-I00.

¹ Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña: “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PROBLEMÁTICA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA
3. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES
4. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han sido definidas² como aquél conjunto de instrumentos que se han ido desarrollando a lo largo de las últimas décadas para facilitar la comunicación y la transmisión de información (mediante ordenadores, telefonía móvil, correo electrónico, internet, etc.), y que han afectado de manera directa en aspectos claves de la vida diaria, pero también de las relaciones laborales, al incidir en los procesos productivos de cualquier economía de mercado.

En este punto, se habla abiertamente de que en la actualidad estamos viviendo una nueva revolución tecnológica conocida como cuarta revolución industrial, o industria 4.0, de modo que si en el último tercio del siglo XX presenciamos la incorporación de las entonces llamadas “nuevas tecnologías” vinculadas a la informática y a las telecomunicaciones, en el actual escenario estas mismas técnicas han evolucionado en el terreno de la digitalización, la conectividad, la inteligencia artificial y la robótica³.

Siendo ello así, las nuevas tecnologías también han favorecido la llamada externalización de la mano de obra, por la que los empresarios prefieren organizar su actividad productiva no con trabajadores propios, sino mediante relaciones jurídico-mercantiles, en lo que sería una deslocalización interna de la fuerza de trabajo⁴. Y precisamente, una de las manifestaciones más importantes de esta externalización provocada por los avances tecnológicos ha sido la prestación de servicios mediante plataformas digitales.

² Llamosas Trapaga, A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 18 y ss.

³ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, en AA.VV. *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 592 y ss.

⁴ Alarcón Caracuel, M.R., “Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y de la Comunicación TICS*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 321 y ss.

La prestación de servicios mediante plataformas digitales constituye una de las grandes transformaciones experimentadas en el tejido productivo en los últimos años, y está suscitando una gran polémica a nivel doctrinal⁵. Desde el punto de vista de la organización empresarial se trata de modelos de negocio completamente nuevos en los que se desarrollan actividades mediante plataformas digitales que crean un mercado abierto para el suministro de mercancías o la prestación servicios ofrecidos a veces por particulares, y que implica a tres categorías de agentes: los prestadores de servicios, los usuarios, y los intermediarios que a través de una plataforma digital en línea conecta a los anteriores agentes y facilitan las transacciones entre ellos⁶.

En ellas, el empresario pasa a ocupar una posición de mero intermediario, y ofrece bienes y servicios en el mercado a través de una red de colaboradores externos, eludiendo con ello la aplicación del Derecho del Trabajo y difuminando a su vez el referente empresarial, con el consiguiente problema de hacer efectivo el régimen de responsabilidades a nivel laboral⁷.

Como puede comprobarse, se trata de actividades que, debido a la gran autonomía funcional de quienes prestan servicios en ellas, se prestan a la “huida” del Derecho del Trabajo, es decir, a que se califique a estos prestadores de servicios como trabajadores autónomos. Y dicho fenómeno se ha ido acrecentando con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación porque precisamente éstas permiten un incremento de esta autonomía funcional.

Pero esta deslocalización de la mano de obra favorecida por las nuevas tecnologías no solamente ha originado nuevas formas de prestar servicios, sino que

⁵ Véase: Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; Pérez De Los Cobos Orihuel, F., *El trabajo en plataformas digitales*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018; Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *Temas Laborales* nº 141, 2018, pág. 37 y ss.

⁶ Ferradans Caramés, C., “La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa”, en AA.VV. *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, ed. Cinca, Madrid, 2018, pág. 377 y ss.; Ferradans Caramés, C., “Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, en AA.VV. *El trabajo autónomo en España tras la crisis: Perspectivas y propuestas*, ed. Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 323; Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, en AA.VV. *Finding solutions to societal problems*, ed. URV, Tarragona, 2018, pág. 122 y ss.

⁷ Rodríguez Piñero Royo, M., “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, en AA.VV. *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, ed. Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 187 y ss.; Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, *Documentación Laboral* nº 117, 2019, pág. 95 y ss.

también ha perjudicado seriamente la acción colectiva del sindicato⁸. Hay que tener en cuenta que el sustrato físico de cualquier actividad sindical es la coincidencia de los trabajadores en un mismo centro de trabajo, y en este tipo de formas de trabajo tecnológico se dificulta enormemente la penetración del sindicalismo dado que los trabajadores se encuentran aislados de sus compañeros de trabajo, y se comunican con la empresa casi exclusivamente de manera virtual⁹.

La digitalización está cambiando la manera de ejercer la acción colectiva y en particular la acción sindical, tanto desde el punto de vista del trabajador en tanto que sujeto individual, como de las organizaciones sindicales en tanto que sujetos colectivos¹⁰. Se trata éste de uno de los retos principales ante los que se encuentra la acción sindical en nuestros días, y que requiere de una respuesta inmediata dirigida a tutelar a este colectivo de trabajadores. La necesaria revalorización de la representación unitaria y sindical en estas nuevas formas de trabajo tecnológico y su necesaria interpretación en clave garantista, es la que va ser objeto de análisis en las siguientes páginas.

2. LA PROBLEMÁTICA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Como es sabido, los trabajadores que prestan servicios en una empresa no siempre pueden relacionarse con el empresario de forma directa y personal, sobre todo cuando el número de trabajadores en la plantilla es elevado. Para ello se prevén legalmente mecanismos de representación que permiten a un único trabajador o un grupo reducido de trabajadores convertirse en interlocutores frente al empresario, y actuar en nombre e interés del resto de trabajadores. Los representantes de los trabajadores en la empresa tienen la tarea de promocionar y defender los intereses de ese colectivo de trabajadores frente al empresario, el cual, por definición, tendrá unos intereses contrapuestos.

En nuestro sistema legal existe un doble canal de representación de los trabajadores en la empresa: el unitario y el sindical. La representación unitaria está contemplada en el Título II del Estatuto de los Trabajadores (ET) a través básicamente de los delegados de personal y el comité de empresa, que se encargan de defender los intereses de todos los trabajadores frente al empresario. Y la

⁸ Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, ob. cit. pág. 97 y ss.

⁹ Alarcón Caracuel, M.R., “Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales”, ob. cit. pág. 329.

¹⁰ Tormos Pérez, J.A., “Digitalización y derechos colectivos: retos y propuestas”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, ed. Laborum, Murcia, 2020, pág. 293 y ss.

representación sindical está contemplada en la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), a través de las secciones sindicales y de los delegados sindicales, que se encargan de defender los intereses de los trabajadores afiliados a un sindicato, frente al empresario.

Respecto a si los prestadores de servicios mediante plataformas digitales pueden utilizar alguno de estos canales de representación, ello dependerá en última instancia de la calificación jurídica que se le quiera dar a esta relación¹¹, y concretamente si debe calificarse como un trabajo asalariado por cuenta ajena, como un trabajo autónomo, o como un trabajo autónomo económicamente dependiente. Estamos por tanto ante lo que comúnmente se conoce como una zona gris del Derecho del Trabajo creada por el avance de la economía colaborativa y de la tecnología. Y ello ha provocado todo un debate, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La mayoría de los autores¹² se inclinan por calificar estos servicios como trabajos por cuenta ajena, al darse en ellos los requisitos exigidos en el artículo 1.1 del ET, y siendo de aplicación la presunción establecida en el artículo 8.1 de dicha norma a favor de la laboralidad de la relación existente entre el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél.

A partir de aquí los argumentos para justificar esta interpretación son muchos. Posiblemente uno de los más relevantes es aquél que entiende que esta especial forma de organización tecnológica del trabajo pasa por una revalorización de la teoría de la ajenidad en el mercado, que parece especialmente útil en las relaciones laborales típicas de la sociedad tecnologizada¹³. Según esta teoría, los prestadores

¹¹ Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, *Revista de Derecho Social* nº 80, 2017, pág. 221 y ss.; Esteban Legarreta, R., “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, en AA.VV. *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, ed. Cinca, Madrid, 2018, pág. 377 y ss.; Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, ed. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2019, pág. 1502; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, en AA.VV. *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 869 y ss.

¹² Ginés Fabrellas, A., “Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* nº 425-426, 2018, pág. 89 y ss.

¹³ Alarcón Caracuel, M.R., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 28, 1986, pág. 530 y ss.; Alarcón Caracuel, M.R., “Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales”, ob. cit. pág. 326.

del servicio no tienen ninguna relación jurídica con el cliente o usuario dado que es la empresa la que ofrece el producto o el servicio en el mercado a cambio de un precio cierto. Lo que habría cambiado es el modo de ofertarlos, que ahora se hará mediante una aplicación informática.

Ello no quita que algunos autores¹⁴ se hayan mostrado reacios a ello, afirmando que los esquemas del Derecho del Trabajo no se adaptan a esta realidad tan peculiar. Y a partir de aquí se apuntan dos soluciones: la posibilidad de “*lege ferenda*”, de implementar una nueva relación laboral especial; o bien la de que este tipo de servicios se incluyan en el marco del trabajo autónomo (y más específicamente en el trabajo autónomo económicamente dependiente)¹⁵.

Los pronunciamientos jurisprudenciales también han sido dispares¹⁶, si bien el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en su sentencia de 25 de septiembre de 2020, declarando que la prestación de servicios de los repartidores con la empresa Glovo reuniría los requisitos de laboralidad exigidos en el artículo 1.1 del ET.

El Real Decreto-Ley9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos

¹⁴ Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, ob. cit. pág. 46.

¹⁵ En el caso de Francia, la Ley de 8 de agosto de 2015 ha puesto en marcha un estatuto de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas, asemejándoles a los trabajadores autónomos dependientes.

¹⁶ La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain, S.L., de 20 de diciembre de 2017, se inclina por considerar que este tipo de servicios de intermediación a demanda vinculados a plataformas colaborativas no responde a la calificación de servicios de la sociedad de la información y no está incluido en la esfera de la libre prestación de servicios, incardinándolo en el servicio global de transporte. Respecto de la prestación de servicios mediante plataformas digitales de reparto de comida (Deliveroo, Take Eat Easy, Glovo etc.) los pronunciamientos judiciales han sido contradictorios. Algunos de ellos han reconocido la existencia de una relación laboral, como es el caso de la STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2020 (Rec. nº 5613/2019), STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2020 (Rec. nº 6774/2019), STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020 (Rec. nº 749/2019), STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019 (Rec. nº 714/2019), STSJ de Madrid 27 de noviembre de 2019 (Rec. nº 588/2019), STSJ de Castilla y León de 17 de febrero de 2020 (Rec. nº 2253/2019) y STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (Rec. nº 114372019), todas ellas respecto de la plataforma digital Glovo; Pero también: STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2020 (Rec. nº 5997/2019), y STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020 (Rec. nº 1323/2019) para la plataforma digital Deliveroo. En sentido contrario, otros han negado la existencia de una relación laboral como es el caso de la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (Rec. nº 195/2019) respecto de la plataforma digital Glovo. La STS de 25 de septiembre de 2020 (Rec. nº 4746/2019) ha unificado la doctrina calificando de laboral la relación existente entre los repartidores de comida y la plataforma Glovo. A su vez, la Inspección de Trabajo también ha desarrollado actuaciones contra Deliveroo en Valencia, Madrid y Barcelona, y contra Glovo en Valencia, por entender que sus repartidores son falsos autónomos, procediendo a su alta de oficio y reclamando el abono de las cotizaciones correspondientes.

laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, ha resuelto esta polémica reconociendo la presunción de laboralidad del trabajo prestado en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Este Real Decreto-Ley, cuya entrada en vigor se pospone a los tres meses de su publicación en el BOE, ha introducido una nueva Disposición Adicional Vigésimotercera en el Estatuto de los Trabajadores, que con el título: “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”, dispone lo siguiente: “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

A través de esta nueva Disposición Adicional Vigésimotercera, y como consecuencia del acuerdo adoptado en la mesa del diálogo social, se traslada a la ley los criterios y parámetros establecidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020, con el objetivo de que el Estatuto de los Trabajadores refleje estas nuevas realidades de forma clara.

En cualquier caso, interesa poner de manifiesto que el Real Decreto-Ley incorpora en el Estatuto de los Trabajadores una presunción de laboralidad, que no afecta a las exclusiones previstas en el artículo 1.3 de dicha norma y en especial a la prevista en la letra g), conforme a la cual, se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. Además, para aplicar la presunción de laboralidad, la normativa establece toda una serie de requisitos, y entre otros: que la actividad desarrollada por la persona física, sea una actividad de reparto de cualquier producto de consumo o mercancía; que la empleadora ejerza facultades de dirección y control de forma directa o implícita a través de una plataforma digital; que se use un algoritmo para gestionar el servicio o para determinar las condiciones de trabajo.

Respecto a si los prestadores de servicios mediante plataformas digitales son titulares o no de derechos colectivos, ello dependerá en última instancia de la calificación jurídica otorgada a esta relación, que será ciertamente más sencilla, tratándose del trabajo prestado mediante plataformas digitales de reparto de productos de consumo o mercancías a terceros, habida cuenta la presunción de laboralidad a la que hemos hecho referencia.

Tratándose de plataformas digitales que no sean de reparto de mercancías o de productos dirigidos a consumidores, los prestadores de servicios podrían ser calificados como trabajadores autónomos, o como trabajadores autónomos económicamente dependientes, y les será de aplicación la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyos artículos 19 y 20 reconocen a estos trabajadores ciertos derechos de naturaleza colectiva, no asimilables en sentido estricto, a los que disfrutaban los trabajadores asalariados.

Por el contrario, tratándose de plataformas digitales de reparto de mercancías o de productos dirigidos a consumidores, estaríamos ante trabajadores asalariados por cuenta ajena, y les será de aplicación la normativa prevista en el Título II del ET y en la LOLS. Y como tales, podrían presentarse como candidatos o elegir representantes unitarios, podrían afiliarse a un sindicato de libre elección, constituir secciones sindicales y elegir delegados sindicales.

Sin embargo, el problema que presentan todas estas normas legales, es que resultan inadecuadas para el escenario de prestación de servicios al que estamos aludiendo¹⁷ y caracterizado por sus condiciones de aislamiento¹⁸ y de precariedad.

Aislamiento derivado de la dispersión de quienes prestan servicios en él y que impide que se conozcan entre sí y puedan coordinarse para garantizar su actuación colectiva. Tal es así que la agregación de los intereses de los trabajadores que permita a su vez generar un interés colectivo que se contraponga al de los empresarios desaparece en estas organizaciones productivas en que los prestadores de servicio quedan separados entre sí¹⁹. Y no solamente ello, sino que además las plataformas digitales posibilitan que los trabajadores entre en competencia entre ellos mediante los llamados sistemas reputacionales, que suelen tener un marcado componente individualista.

¹⁷ Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, Economia i Societat* n° 92, 2019, pág. 6 y ss.

¹⁸ Pastor Martínez, A., “La representación de los trabajadores en la empresa digital”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales* n° 5, 2018, pág. 112; Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 123 y ss.; Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1526.

¹⁹ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, ob. cit. pág. 601 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, ed. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2019, pág. 1381 y ss.; Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, ob. cit. pág. 99 y ss.

Y precariedad derivada de su propia debilidad contractual, agravada por el carácter residual de la actividad desarrollada y acentuada por la dificultad de elegir representantes unitarios que puedan negociar colectivamente sus condiciones de trabajo²⁰, y es que no puede obviarse que este tipo de entorno tecnológico genera un tipo de empleo marginal y ocasional que además empuja a negociar individualmente las condiciones de trabajo²¹.

La inexistencia de estructuras representativas de los trabajadores en el seno de las plataformas digitales, es una de las dificultades con la que nos encontramos a la hora de defender el interés colectivo de quienes prestan servicio en ellas. Por tal motivo será necesaria la implementación, en un futuro, de fórmulas representativas adaptadas a las singularidades que presentan las plataformas digitales como empleadoras²².

3. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES

Uno de los principales retos a nivel colectivo es el de articular un sistema de representación unitaria de estos prestadores de servicios de modo mimético al existente en la legislación laboral para los trabajadores ordinarios (y regulado en el Título II del ET).

En el caso de las plataformas digitales que no sean de reparto, los prestadores de servicios podrían ser calificados como trabajadores autónomos, o como trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES) y la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo no ha previsto órganos de representación unitaria específicos para el conjunto de

²⁰ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, ob. cit. pág. 600 y ss.; Moreno Díaz, J.M., “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* nº 2, 2019, pág. 211; Ferradans Caramés, C., “Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 323; Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, ob. cit. pág. 97 y ss.

²¹ En este contexto no puede olvidarse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la economía colaborativa y la autorregulación de 25 de mayo de 2016, en cuyo artículo 8.2 se precisa que desde el momento en que las prácticas puramente espontáneas entre particulares adquieren la importancia de una 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 “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”.

²² Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 872.

los trabajadores por ella regulados, y ni tan siquiera para la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, en la que la existencia de un cliente podría haber justificado la previsión de estos órganos específicos²³.

Por el contrario, en el caso de las plataformas digitales de reparto, los prestadores de servicios serían trabajadores asalariados por cuenta ajena, y como tales, tendrían derecho a participar en las elecciones a órganos de representación unitaria como electores y como elegibles, y por tanto podrían beneficiarse de la actuación representativa de los mismos, e incluso desempeñar funciones como representantes.

Ahora bien, el principal inconveniente que se plantea es que tanto el proceso electoral para designar los miembros de los órganos de representación unitaria en la empresa, como el desarrollo de funciones representativas, están ligados a la adscripción de los trabajadores a un centro de trabajo concreto, y el ET hace referencia continuamente a este criterio no solo para determinar la propia existencia de la representación unitaria, sino también el número de representantes y su configuración (arts. 62, 63 y 66 del ET).

Siendo ello así, en el trabajo mediante plataformas digitales los prestadores de servicios no están formalmente adscritos a ningún centro de trabajo tal y como el mismo es definido por el artículo 1.5 del ET, sino que están conectados a una plataforma digital, dificultándose con ello, además, la identificación de la figura del empresario, al que podríamos calificar de difuso²⁴. Como puede comprobarse,

²³ Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 219 y ss.; Pastor Martínez, A., “La descentralización y su incidencia en la conformación de los órganos de representación de los trabajadores. La representación colectiva de los trabajadores a distancia y en entornos virtuales”, en AA.VV. *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, ed. Cinca, Madrid, 2018, pág. 377 y CD-ROM; Martín Muñoz, M.R., “La representación colectiva de los trabajadores en el entorno empresarial digital: ¿viejas fórmulas para nuevas realidades?”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pág. 1728 y ss.

²⁴ Guerrero Vizuete, E., “La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores”, en AA.VV. *Finding solutions to societal problems*, ed. URV, Tarragona 2018, pág. 46 y ss.; Gutiérrez Colominas, D., “La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: Reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución”, en AA.VV. *Finding solutions to societal problems*, ed. URV, Tarragona 2018, pág. 88 y ss.; Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 124 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1382 y ss.; Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1530; Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, ob. cit. pág. 101 y ss.; Martín Muñoz, M.R., “La representación colectiva de los trabajadores en el entorno empresarial

la conectividad que permiten las actuales tecnologías de la información y de la comunicación ha difuminado la importancia física del centro de trabajo a los efectos que aquí interesa, e incluso ha comportado la desaparición del mismo, como tradicionalmente se había entendido²⁵. Ello exige encontrar nuevas estructuras representativas de base territorial y menos apegadas a los centros de trabajo.

Precisamente, para poder ofrecer una respuesta ante esta nueva realidad, la doctrina científica²⁶ ha evidenciado las similitudes de esta prestación de servicios con el trabajo a distancia, y ello porque la actividad se realiza, no tanto en el domicilio del trabajador sino en el lugar elegido por éste durante toda su jornada laboral o parte de ella con carácter regular²⁷. Siendo ello así, y a efectos de la representación colectiva, los prestadores de servicios mediante plataformas digitales también deberían quedar adscritos a un centro de trabajo²⁸, y dispondrían de los mismos derechos colectivos que el resto de los trabajadores de la empresa²⁹. Naturalmente, los problemas se presentan respecto a la forma y criterios con que realizar dicha adscripción. Y desde la doctrina científica también se han apuntado distintas soluciones:

La primera de ellas es entender que el centro de trabajo formal de dichos prestadores de servicios digitales coincidiría con el ámbito territorial en que la

digital: ¿viejas fórmulas para nuevas realidades?”, ob. cit. pág. 1730 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de Trabajo”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, ed. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2020, pág. 1655 y ss.

²⁵ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, ob. cit. pág. 601; Moreno Díaz, J.M., “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”, ob. cit. pág. 219. Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit. pág. 1658 y ss.; Guerrero Vizueté, E., “Los derechos colectivos de los trabajadores ante la digitalización del trabajo”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, ed. Laborum, Murcia, 2020, pág. 288; Lahera Forteza, J., “La falta de adaptación de los representantes de los trabajadores a la realidad empresarial y digital del siglo XXI: propuesta de reforma”, en AA.VV. *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 831 y ss.

²⁶ Pastor Martínez, A., “Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas colaborativas y en entornos virtuales”, *Iuslabor* n° 2, 2018, pág. 227.

²⁷ Artículo 2 del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

²⁸ Esteban Legarreta, R., “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1386.

²⁹ Como dispone el artículo 19.1 del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

plataforma digital desempeña su actividad³⁰. En consecuencia, para saber el centro de trabajo de referencia habría que tener en cuenta factores como el lugar desde el cual se imparten las órdenes e instrucciones a cumplir y al que va destinado el resultado de la prestación de servicios³¹. Naturalmente, ello puede generar un doble problema dado que esta concepción de centro de trabajo como lugar desde el que se dirige la operatividad de la aplicación, puede llevarnos a reconocer que el ámbito territorial se extienda a todo el territorio nacional, circunstancia que puede dificultar la implementación de la estructura representativa, y, además, si el centro operativo se encuentra ubicado físicamente en otro país, la problemática se acentuaría³².

Otra solución consiste en desplazar el centro de gravedad desde el centro de trabajo a la empresa, ya que de esta manera estaría garantizada la existencia de la representación unitaria³³. Pero una interpretación de este tipo no esconde las incógnitas que antes se presentaban a efectos de identificar la ubicación física de la empresa si esta extiende sus operaciones por todo el territorio nacional, o se ubica en otro país.

Y una tercera solución sería que la negociación colectiva pudiera fijar las reglas específicas sobre la delimitación del centro de trabajo y de la unidad electoral, atendiendo también a la zona geográfica determinada en que desempeñan sus servicios o el lugar desde el que se dirija la operatividad de la aplicación, como criterios relevantes³⁴. Naturalmente esta opción quedaría condicionada a la

³⁰ Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 221 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1385 y ss.; Martín Muñoz, M.R., “La representación colectiva de los trabajadores en el entorno empresarial digital: ¿viejas fórmulas para nuevas realidades?”, ob. cit. pág. 1731 y ss.

³¹ Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 125 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit. pág. 1660 y ss.

³² Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 880.

³³ Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1388; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit. pág. 1659 y ss.; Lahera Forteza, J., “La falta de adaptación de los representantes de los trabajadores a la realidad empresarial y digital del siglo XXI: propuesta de reforma”, ob. cit. pág. 840 y ss.

³⁴ Pastor Martínez, A., “Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas colaborativas y en entornos virtuales”, ob. cit. pág. 223; Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 127 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit. pág. 1661 y ss.

identificación de los interlocutores legítimos para negociar un convenio colectivo en estos ámbitos.

Se impone, así, la necesidad de modificar la delimitación tradicional del centro de trabajo contenida en el artículo 1.5 ET, debiendo ser entendido, cuando nos referimos al trabajo en plataformas digitales, como “la unidad organizativa prestacional de la aplicación, delimitada por un entorno territorial de operatividad a la que se adscriben los trabajadores que prestan el servicio que la plataforma o aplicación ofrece” de tal modo que la integración del trabajador en ese centro de trabajo “vendría dada por las posibilidades que tiene de acceder a la aplicación y operar en el espacio físico delimitado”³⁵.

Como ha venido a señalarse³⁶: una futura acción legislativa debería aclarar el mecanismo de adscripción de los prestadores del servicio al centro de trabajo digital partiendo de una valoración conjunta, fundamentalmente, de la estructura organizativa del servicio configurada por la plataforma y las posibilidades de integración del trabajador en ella y del ámbito geográfico predominante en la prestación del servicio, entendido dicho predominio en términos de tiempo, de suerte que el trabajador se adscribirá al centro de trabajo en el que más tiempo desarrolla su actividad. Sin embargo, el actual Real Decreto-Ley 9/2021 por el que se modifica el Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, no contempla ninguna previsión al respecto.

Pero además, es evidente que la ausencia de reglas legales adaptadas a las peculiaridades de esta prestación de servicios sigue planteando problemas respecto a temas tan importantes como son el número de trabajadores de la plantilla que compone el censo electoral para elegir representantes unitarios; el desarrollo del proceso electoral en un espacio físico; e incluso el desempeño de las funciones representativas por los trabajadores ya electos.

Por lo que respecta al número de trabajadores que compone la plantilla a efectos de determinar el umbral mínimo requerido por el ET para poder contar con órganos de representación unitaria, ello también plantea inconvenientes en el trabajo mediante plataformas digitales que estamos analizando, máxime cuando la prestación de servicios puede ser ocasional o puntual, desarrollándose en determinadas horas al día conforme a la propia disponibilidad. Esta circunstancia podría encajar, si acaso, dentro del tipo de contrato a tiempo parcial, y desde esta perspectiva podría acudir a las reglas del cómputo global de horas de trabajo efectivo a que alude el artículo 72.2 del ET, aunque ello no impide la existencia de

³⁵ Guerrero Vizuete, E., “Los derechos colectivos de los trabajadores ante la digitalización del trabajo”, ob. cit. pág. 288.

³⁶ Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 880.

problemas interpretativos derivados de su aplicación³⁷. Se trata ésta de una materia que necesitará de una adaptación legislativa orientada a construir el parámetro de cuantificación de los trabajadores sobre la base de la disponibilidad horaria del prestador de servicios, y no tanto sobre la naturaleza indefinida o temporal, o sobre la antigüedad del vínculo que lo une con la plataforma digital.

Por lo que respecta al desarrollo del proceso electoral, es posible que algunas de estas plataformas de servicios cuenten con oficinas o locales que puedan servir a tales efectos, y permitir la publicación del censo, la presentación de candidaturas, la constitución de la mesa electoral, la celebración de elecciones e incluso la proclamación y publicación de resultados. Pero no podemos negar que si hay algo que caracteriza a estas actividades digitalizadas es la inexistencia de estos espacios físicos. Pese a ello, el actual desarrollo tecnológico ofrece amplias posibilidades para implementar el proceso electoral no de manera física, sino virtual o telemática, mediante programas informáticos de acceso limitado a los prestadores del servicio, que votarían así electrónicamente, siendo inmediato el escrutinio y posterior resultado electoral, sin necesidad de recurrir al recuento manual de votos. Hay que tener presente que la normativa legal no prohíbe el voto electrónico, de modo que siempre que se garantice el carácter personal, directo, libre y secreto del sufragio, la seguridad del voto, la imposibilidad de su repetición y la confidencialidad del mismo, cabrá su admisibilidad³⁸.

En materia electoral, también se ha apuntado la posibilidad de constituir por convenio colectivo y en función de la composición profesional del sector de la actividad productiva o de la empresa, un tercer colegio electoral en el centro de trabajo para este tipo de prestadores de servicios, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.1 del ET³⁹.

Por último, y por lo que se refiere al ejercicio de las funciones representativas, así como el disfrute de las garantías y prerrogativas de los representantes

³⁷ Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 221 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1387; Martín Muñoz, M.R., “La representación colectiva de los trabajadores en el entorno empresarial digital: ¿viejas fórmulas para nuevas realidades?”, ob. cit. pág. 1732 y ss.; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 880 y ss.

³⁸ Y, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 221 y ss.; Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, ob. cit. pág. 12 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1389; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 880 y ss.

³⁹ Ferradans Caramés, C., “La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit. pág. 1660 y ss.; Nieto Rojas, P., “Acción

unitarios, no podemos negar que algunas de ellas requerirán su adaptación a las características específicas de las plataformas para que sean operativas. Los derechos de información y consulta (art. 64 del ET), de reunión (arts. 77 a 80), el derecho a un local adecuado y a un tablón de anuncios (art. 81 del ET), así como el reconocimiento de las garantías en el desempeño de las funciones representativas (art. 68 del ET), exigirá una adaptación en el seno de las plataformas digitales.

Como se ha señalado acertadamente⁴⁰, el ejercicio de los derechos de información, en cuanto supone la transmisión de datos por parte del empresario a la representación unitaria, así como el de consulta concebido como intercambio de opiniones y apertura de un dialogo (art. 64.1 ET), pueden adaptarse en la plataformas digitales mediante la sustitución de los mecanismos documentales físicos por los mecanismos digitales, pudiendo utilizarse la propia aplicación informática en la que se sustenta la plataforma o mediante la creación de aplicaciones “ad hoc”. Igual solución adaptativa podría operarse en relación con el tablón de anuncios y el local adecuado, entendido ese último como espacio digital en el que puedan interactuar los representantes y sus representados. Incluso el derecho de reunión es susceptible de ser implementado por medio de aplicaciones informáticas que permitan la comunicación simultanea de audio y/o imagen de una pluralidad de sujetos.

En este punto el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo y con el objetivo de garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, ha modificado el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de los trabajadores añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4. De modo que según el actual artículo 64.4 del ET, el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: *“d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”*.

Y por lo que respecta a las garantías de los representantes unitarios, algunas de ellas deberán adaptarse al entorno digital que proporcionan las plataformas. Así sucede con la apertura de expediente contradictorio ante posibles sanciones por faltas graves o muy graves; con la prioridad de permanencia en la empresa en supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas; con el derecho del representante unitario a no ser despedido o

colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1532.

⁴⁰ Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 880 y ss.

sancionado por expresar opiniones relativas a su función representativa o por publicar y distribuir contenidos de interés laboral o social; y también con el crédito horario, cuando estos prestadores de servicios carecen de una jornada u horario predeterminado sobre el que calcularlo⁴¹.

4. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES

Si el derecho a la representación unitaria plantea toda esta problemática, el derecho de representación sindical también presenta dificultades en su implementación, que derivarán en última instancia de la calificación jurídica que se otorgue a estos prestadores de servicios.

En aquellos casos en que la prestación de servicios se efectúe mediante plataformas digitales que no sean de reparto, podríamos estar ante trabajos autónomos y en este punto, el artículo 19.1 b) de la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo, reconoce a estos trabajadores el derecho a afiliarse y a fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa⁴². Y precisamente, al amparo de esta norma, se han constituido asociaciones profesionales en defensa de los intereses de estos colectivos⁴³, a las que las plataformas digitales han reconocido cierta representatividad firmado acuerdos de interés profesional con ellas, aplicables únicamente a sus miembros.

Pero el artículo 19.1 a) de la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo Autónomo, también reconoce a los trabajadores autónomos el derecho a afiliarse a un sindicato de su libre elección, y su integración en una organización sindical permitirá a ésta la defensa del interés colectivo de estos trabajadores en el desarrollo de las previsiones contenidas en la LOLS. En este sentido, y sin perjuicio de las facultades que corresponden a los sindicatos en el ejercicio del derecho a la libertad sindical, estos gozarán de toda una serie de derechos respecto de sus trabajadores autónomos afiliados a ellos y entre otros: la constitución de federaciones, confederaciones o uniones, pudiendo establecer los vínculos que consideren oportunos con otras organizaciones sindicales; la celebración de acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados a ellos; el ejercicio de la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los

⁴¹ Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de Trabajo”, ob. cit. pág. 1666.

⁴² La integración de los prestadores de servicio calificados como autónomos en una organización sindical permite a ésta la defensa del interés colectivo de los mismos, en el desarrollo de las previsiones contenidas en la LOLS. Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 873 y ss.

⁴³ Como es, por ejemplo: Asoriders en Madrid y Asociación Autónoma de Riders en Barcelona

trabajadores autónomos; y la participación en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional (art. 19.4 de la Ley 20/2007)⁴⁴.

En cualquier caso, no podemos negar que, pese a estas previsiones legales, existirán dificultades estructurales para la acción sindical en este terreno derivadas de la aplicación de la normativa en materia de competencia. Y es que al ser los trabajadores autónomos considerados como empresarios desde la perspectiva del Derecho de competencia ello dificultará enormemente el ejercicio de sus derechos sindicales⁴⁵.

Por el contrario, en aquellos casos en que la prestación de servicios se efectúe mediante plataformas digitales de reparto, estaríamos ante una relación laboral ordinaria, y los prestadores de servicios podrían ser calificados como trabajadores asalariados. Como tales, podrían constituir un sindicato para la defensa de sus intereses, afiliarse a un sindicato ya creado, y derivado de esto último, constituir una sección sindical en la empresa.

No puede negarse que hasta el momento existe un cierto desapego de este tipo de prestadores de servicios a afiliarse en centrales sindicales más clásicas, y por ello puede hablarse, en términos generales, de una escasa implantación de los sindicatos de clase en este tipo de sectores⁴⁶. Precisamente esta circunstancia ha provocado la constitución de sindicatos específicos de defensa de los intereses de prestadores de servicios mediante plataformas digitales⁴⁷. Y en otras ocasiones ha propiciado la aparición de movimientos de corte asambleario que pretenden dar una respuesta articulada a sus reivindicaciones laborales⁴⁸.

Se ha afirmado que alrededor del trabajo mediante plataformas digitales existe un discurso ideológico dirigido a expulsar a las organizaciones sindicales de su tutela protectora⁴⁹. Como puede verse, la expansión del trabajo en plataformas digitales está planteando importantes retos para las organizaciones sindicales

⁴⁴ Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 873 y ss.

⁴⁵ Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, ob. cit. pág. 20 y ss.

⁴⁶ Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 129 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1391.

⁴⁷ Es el caso del sindicato “Riders por derechos”, que se gestó al hilo del desarrollo del primer conflicto laboral que se originó entre repartidores y la plataforma Deliveroo en el verano de 2017.

⁴⁸ Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1535.

⁴⁹ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, ob. cit. pág. 600; Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, ob. cit. pág. 96 y ss.

clásicas cuyo acierto en la renovación de los esquemas tradicionales de actuación determinará, en buena medida, el papel que puedan y deban seguir desempeñando en la lucha contra la precariedad laboral y a favor del trabajo decente⁵⁰.

Las razones que pueden llevarnos a explicar el escaso papel que las asociaciones profesionales existentes y los sindicatos tradicionales están teniendo en la defensa del trabajador autónomo digital se encuentran en la dificultad de definir su propia estructura organizacional, en la heterogeneidad del trabajador digital y, por último, en las limitaciones normativas existentes para integrar a estos trabajadores en la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo⁵¹. Como ha venido a señalarse⁵²: la colaboración entre los sindicatos tradicionales y estas organizaciones emergentes de trabajadores vinculados a nuevas formas de trabajo, así como la articulación sólida de una estrategia sindical en orden a fijar unos mínimos de protección laboral y social, redundarán positivamente en la tutela de los derechos y la posición de estos trabajadores. Por ello, la intervención sindical en esta materia podría centrarse en tres grandes materias⁵³:

La primera de ellas sería la relativa al control del cumplimiento de las normas laborales por las plataformas digitales, lo cual choca, nuevamente, con la previa y necesaria calificación de estos prestadores de servicios como trabajadores asalariados o bien como autónomos, ya que sólo en el primero de estos supuestos, el control sindical tendría sentido. La segunda de ellas sería el necesario desarrollo de un marco normativo común que asegurase la existencia de condiciones de trabajo para aquellos que prestan servicios mediante plataformas digitales de cualquier tipo, y no solo de reparto⁵⁴. Y la tercera materia sería la relativa a la

⁵⁰ Jalil Naji, M., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, en AA.VV. *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT*, ed. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2019, pág. 1421 y ss.; Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1534; Moreno Díaz, J.M., “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”, ob. cit. pág. 220; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de Trabajo”, ob. cit. pág. 1656; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 867 y ss.

⁵¹ Guerrero Vizuete, E., “Los derechos colectivos de los trabajadores ante la digitalización del trabajo”, ob. cit. pág. 283.

⁵² Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de Trabajo”, ob. cit. pág. 1665.

⁵³ Rocha Sánchez, F., “La intervención de los sindicatos de clase en la economía de plataformas”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales* n° 5, 2018, pág. 77.

⁵⁴ Así, la Confederación Europea de Sindicatos ha planteado la necesidad de crear un “instrumento legislativo comunitario fuerte” que contemple diversos aspectos de tutela de los prestadores de servicios. Y en el contexto estatal, los sindicatos más representativos (CC.OO. y UGT) han demandado reiteradamente la necesidad de potenciar el papel del diálogo social tripartito en la regulación de la economía de plataformas, con especial incidencia en la dimensión laboral de

creación de mecanismos específicos de representación sindical en este ámbito. De hecho, se están produciendo algunas iniciativas que consisten en crear espacios y herramientas digitales que faciliten la información, asesoramiento y comunicación con los trabajadores de plataformas digitales⁵⁵.

Así habría sucedido con el sindicato UGT, pero también con la federación de servicios del sindicato CC.OO. En septiembre de 2017 el sindicato UGT puso en marcha la plataforma digital: “trespuestasindical.es”, para atender de forma específica a los trabajadores de las plataformas colaborativas con el objeto de ser un instrumento de información y de denuncia a modo de sección sindical virtual que, desde su nacimiento, se encarga de recopilar información sobre cómo funcionan las principales plataformas, principalmente las dedicadas al reparto de comida a domicilio y paquetería. Y a mediados de 2017 el sindicato CC.OO. lanzó la campaña denominada “Precarity war” para visualizar la precariedad de los trabajadores que prestan servicios a través de estas plataformas⁵⁶.

Ahora bien, no parece que estas nuevas formas de actuación sindical tengan el mismo significado que las más tradicionales⁵⁷. Por un lado, la adhesión a través de redes o aplicaciones no implica el mismo nivel de compromiso que los vínculos organizativos de corte clásico. Técnicamente no es complicado construir un ciberespacio sindical que aproxime a los trabajadores y sus organizaciones, pero no puede negarse que resulta mucho más difícil hacer que a través del mismo se incremente la eficacia de la organización y de sus actuaciones. Y por otro lado, no es seguro que la utilización de estas técnicas sea adecuada para solventar la otra

este fenómeno, con temas tales como la calidad en el empleo, la representación y tutela colectiva de los trabajadores digitales, la formación profesional o la protección social.

⁵⁵ Moreno Díaz, J.M., “Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa”, *ob. cit.* pág. 213.

⁵⁶ Además, otros sindicatos, como son Alternativa Intersindical en Cataluña, ofrece a estos trabajadores el uso de sus sedes. A resultas de estas iniciativas, UGT ha conseguido constituir secciones sindicales entre los trabajadores de Glovo en las provincias de Málaga y Zaragoza, y CGT entre los trabajadores de Glovo en Granada. Por otro lado, se ha impulsado el uso de procedimientos administrativos y judiciales, fomentando la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo y ofreciendo asesoramiento jurídico en eventuales reclamaciones individuales o colectivas por despido, que pudieran interponerse ante los Juzgados de lo Social, con el objetivo de que dichos prestadores de servicio sean reconocidos como trabajadores por cuenta ajena y/o falsos autónomos. Y también se han desarrollado campañas de información y de publicidad en los medios de comunicación y en las redes sociales, para visibilizar las condiciones de trabajo de los repartidores de las plataformas, manteniendo una actitud pro activa hacia su reconocimiento como trabajadores por cuenta ajena y, correlativamente, hacia la aplicación de las condiciones laborales establecidas en los convenios colectivos que pudieran ser aplicables. Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, *ob. cit.* pág. 1664.

⁵⁷ Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *ob. cit.* pág. 20 y ss.

cuestión que se está detectando: la de la diversificación de los intereses de los trabajadores que trabajan de forma independiente y aislada, en espacios geográficos potencialmente muy extensos y en competencia directa los unos con los otros⁵⁸.

Por ello, cabría plantear la conveniencia de dotar de apoyo y de cobertura jurídica y sindical a los trabajadores ante los conflictos laborales en el ámbito de las plataformas digitales, bien creando agrupaciones sindicales específicas dentro de organizaciones sindicales preexistentes, bien mediante la afiliación directa de los afectados a los sindicatos de clase tradicionales. Se ha señalado abiertamente⁵⁹ que es necesaria una innovación sindical, que permita al sindicato adoptar estrategias novedosas en su entorno tradicional de acción, mediante el recurso a herramientas que les permitan ser más efectivos en sus medios de actuación.

Lo que debe quedar claro es que la expansión de esta nueva forma de prestar servicios no puede quedar exenta un control sindical, siendo imprescindible que las organizaciones sindicales puedan compensar los déficits y desigualdades que este tipo de trabajo pueda acarrear en el mundo de las relaciones laborales, aunque sea mediante la creación de nuevos espacios de actuación que vayan más allá de las tradicionales respuestas dirigidas a mejorar las condiciones de trabajo⁶⁰.

No es fácil saber si, a largo plazo, este tipo de fenómenos podrán ser reconducidos a organizaciones sindicales más tradicionales ni cuáles serán las condiciones de la concepción que lo permita. Incluso puede discutirse si éstas han de continuar ostentando el papel primordial que han tenido históricamente e incluso verlo incrementado o si, por el contrario, hay que irse acostumbrando a la aparición de otros sujetos representativos cuyas funciones habrán de ser aceptadas⁶¹.

En este punto, la doctrina científica⁶² ha sido unánime en afirmar que la afiliación de estos trabajadores a un sindicato y la posterior constitución de una

⁵⁸ Jalil Naji, M., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, ob. cit. pág. 1422 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit. pág. 1663 y ss.; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 870 y ss.

⁵⁹ Jalil Naji, M., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, ob. cit. pág. 1431 y ss.; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 867 y ss.

⁶⁰ Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, ob. cit. pág. 5 y ss.

⁶¹ Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, ob. cit. pág. 600 y ss.

⁶² Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 226 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de trabajo”, ob. cit.

sección sindical en la empresa sería la opción más viable para canalizar sus derechos de participación y de representación. Se afirma así que la vía de la representación sindical mediante secciones sindicales sería la más idónea en los modelos de negocios como es el del trabajo mediante plataformas digitales, al tratarse de una estructura de representación que presenta la ventaja de permitir la constitución de canales de representación con un escaso aparato procedimental y sin necesidad de colaboración de la empresa⁶³.

La rigidez estructural y procedimental prevista en el ET para la constitución de los órganos de representación unitaria, no se daría cuándo se trata de mecanismos representativos de naturaleza sindical⁶⁴, que tan sólo dependen de la voluntad de los propios trabajadores afiliados al sindicato y no requieren de la colaboración de la plataforma. Bajo su paraguas legitimador, y debido a su especial naturaleza (sin una estructura rígida) las secciones sindicales podrían llevar a cabo la acción sindical, convirtiéndose por ello en el instrumento idóneo de representación en estos nuevos escenarios de intermediación digital.

pág. 1659 y ss.; Esteban Legarreta, R., “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Pastor Martínez, A., “La representación de los trabajadores en la empresa digital”, ob. cit. pág. 118 y ss.; Rodríguez Rodríguez, E.M “El desmantelamiento de los derechos colectivos de representación de los empleados a través de plataformas digitales”, en AA.VV. *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, ed. Cinca, Madrid, 2018, pág. 377 y ss.; Guerrero Vizuete, E., “La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores”, ob. cit. pág. 47 y ss.; Guerrero Vizuete, E., “Los derechos colectivos de los trabajadores ante la digitalización del trabajo”, ob. cit. pág. 289 y ss.; Gutiérrez Colominas, D., “La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: Reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución”, ob. cit. pág. 85 y ss.; Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 128 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1390 y ss.; Baylos Grau, A., “Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva”, ob. cit. pág. 102 y ss.; Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1530, quien extiende esta opción incluso para el caso de que estos prestadores de servicios fueran calificados como TRADES; Martín Muñoz, M.R., “La representación colectiva de los trabajadores en el entorno empresarial digital: ¿viejas fórmulas para nuevas realidades?”, ob. cit. pág. 1733 y ss.; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 867 y ss.

⁶³ Esteban Legarreta, R., “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 377 y ss.

⁶⁴ Garrido Pérez, E., “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 224 y ss.; GIL PLANA, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 875 y ss.

Sin embargo, también es cierto que la escasa implantación de los sindicatos de clase en el espacio de las plataformas colaborativas, puede dar lugar a dos tipos de secciones sindicales: las de aquellos sindicatos con escasa implantación, pero que sin embargo ostentan, desde un punto de vista legal, la condición de más representativos; y las de los sindicatos con mayores grados de afiliación, pero con un menor peso global por carecer de la condición de más representativos o por no tener presencia en el comité de empresa (lo que será difícil dadas las dificultades de implantación del mismo), circunstancia ésta que, sin embargo, les privaría de algunas de las prerrogativas previstas legalmente en el artículo 8.2 de la LOLS, tales como el derecho a un tablón de anuncios, a la negociación colectiva estatutaria, y a la utilización de un local adecuado en el que desarrollar sus funciones representativas⁶⁵.

Otro de los motivos principales por los que la sección sindical sería el mejor cauce representativo derivaría precisamente de la dispersión territorial de estos prestadores de servicios, lo que dificulta los mecanismos de representación unitaria alrededor de un único centro de trabajo. Y pese a que la LOLS también vincula el ámbito de actuación de la sección sindical al centro de trabajo, tampoco habría especial inconveniente (ante las dificultades de su determinación física), en aceptar otro tipo de adscripciones más amplias. Desde esta perspectiva se ha llegado a proponer una modificación del concepto legal de centro de trabajo para adaptarlo a estas nuevas realidades y permitir que el trabajador pueda constituir la oportuna sección sindical⁶⁶. E incluso se ha defendido la creación de secciones sindicales a nivel sectorial, lo que tendría un especial sentido a la hora de articular la acción del sindicato cuando el trabajador presta servicios para varias plataformas digitales dedicadas a la misma actividad⁶⁷.

Otra peculiaridad es la relativa al ejercicio de ciertos derechos de naturaleza sindical por parte de quienes se han afiliado a un sindicato y han creído oportuno constituir una sección sindical conforme a lo dispuesto en los estatutos del

⁶⁵ Esteban Legarreta, R., “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1391; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 875 y ss.

⁶⁶ Gutiérrez Colominas, D., “La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: Reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución”, ob. cit. pág. 90 y ss.

⁶⁷ Rodríguez Rodríguez, E.M., “El desmantelamiento de los derechos colectivos de representación de los empleados a través de plataformas digitales”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1390; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 867 y ss.

sindicato “ex” artículo 8.1 de la LOLS. Recordemos que este precepto reconoce a los trabajadores afiliados a un sindicato, el derecho a celebrar reuniones (previa notificación al empresario), a recaudar cuotas y distribuir información sindical (fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa), así como a recibir información que les remita su sindicato.

Ello entronca nuevamente con uno de los temas de mayor impacto como es el uso sindical de las nuevas tecnologías para transmitir información de interés laboral en este tipo de actividades, ya que la LOLS está pensando en trabajadores que prestan sus servicios físicamente en un centro de trabajo, y que, por tanto, se pueden reunir en él y distribuir de manera presencial la información de interés laboral. Ciertamente, es difícil pensar que el trabajador digital frecuente un local sindical o lea un tablón de anuncios, cuando no existe un centro de trabajo físico al que acudir.

Siendo ello así, cabe afirmar que el uso sindical de las nuevas tecnologías (y especialmente internet, las redes sociales, o incluso ciertas aplicaciones informáticas), será imprescindible para transmitir la información al resto de trabajadores, y, en definitiva, para el ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales⁶⁸. Si el uso de las nuevas tecnologías es clave en la prestación de servicios en el seno de las plataformas digitales, también debiera serlo por parte de las secciones sindicales, y todo ello al amparo de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 281/2005 de 7 de noviembre, a propósito de la utilización sindical de los medios electrónicos de la empresa para la distribución de información de interés laboral y sindical a los trabajadores⁶⁹.

Dicha sentencia estableció unas reglas sobre el uso sindical de los medios electrónicos para transmitir información de interés laboral, afirmando que si bien no es obligatorio que las empresas deban dotarse de una infraestructura informática

⁶⁸ Tormos Pérez, J.A., “Digitalización y derechos colectivos: retos y propuestas”, en AA.VV. *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, ob. cit. pág. 303 y ss.

⁶⁹ Esteban Legarreta, R., “Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Pastor Martínez, A., “Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas colaborativas y en entornos virtuales”, ob. cit. pág. 230 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa”, ob. cit. pág. 377 y ss.; Fernández Villazón, L.A., “Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial”, ob. cit. pág. 129 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1393; Martín Muñoz, M.R., “La representación colectiva de los trabajadores en el entorno empresarial digital: ¿viejas fórmulas para nuevas realidades?”, ob. cit. pág. 1736 y ss.; Ferradans Caramés, C., “La renovación de la acción sindical ante las transformaciones del lugar de Trabajo”, ob. cit. pág. 1666; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 875 y ss.

para la transmisión sindical de información, en cambio, de existir ésta previamente, no puede negarse por el empresario su puesta a disposición del sindicato, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, ya que la obstaculización empresarial injustificada en el uso de dichos medios podría constituir una vulneración del derecho de libertad sindical. El Tribunal Constitucional también precisó que el uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica en las empresas podrá ser objeto de pacto o de negociación colectiva, pero en cualquier caso dicho uso: a) no podrá perturbar la actividad normal de la empresa; b) deberá respetar siempre la finalidad empresarial para la que dichos sistemas fueron creados; y c) no podrán generar gravámenes adicionales (especialmente económicos), para el empresario⁷⁰.

En este punto un sector de la doctrina científica⁷¹ ha señalado abiertamente que en las organizaciones empresariales de plataforma, basadas en la ausencia de espacios físicos, la comunicación virtual a través de la aplicación informática, no presenta alternativa posible, lo que debe llevarnos a reflexionar sobre la pervivencia de las limitaciones constitucionales y su aplicación en el ámbito de las plataformas digitales, o, si se desea, sobre la necesidad de efectuar una relectura de las mismas.

Se considera necesario, por tanto, la puesta en marcha de herramientas tecnológicas que permitan recuperar un espacio común para los trabajadores y sus organizaciones representativas, aunque sea en el plano cibernético⁷². Por ello resultaría oportuna la existencia, dentro de la propia plataforma, de un apartado específico que haga las funciones de los tradicionales tableros de anuncios y al que tengan acceso tanto sindicato como trabajadores. Y todo ello sin desmerecer la importancia de las redes sociales como instrumento que permita fomentar la participación de estos trabajadores en las campañas sindicales, ayudando a fortalecer el sentido de identidad colectiva⁷³.

Ahora bien, tampoco puede negarse que la tecnología permite incrementar los efectos que sobre los trabajadores puede tener el conocimiento por las empresas de sus opciones sindicales. Ello posibilita la recopilación a gran escala y tratamiento automatizado de informaciones individuales que pueden ser luego utilizadas por

⁷⁰ Sempere Navarro, A.V., San Martín Mazzucconi, C., “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *Aranzadi Social* nº 5, 2005, pág. 535 y ss.; Roqueta Buj, R., “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, *Actualidad Laboral* nº 3, 2006, pág. 265 y ss.

⁷¹ Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 875 y ss.

⁷² Goerlich Peset, J.M., “Economía digital y acción sindical”, ob. cit. pág. 606 y ss.; Jalil Nají, M., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, ob. cit. pág. 1433 y ss.

⁷³ Jalil Nají, M., “Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva”, ob. cit. pág. 1432 y ss.; Gil Plana, J., “Nuevas Tecnologías y relaciones colectivas de trabajo: las plataformas digitales”, ob. cit. pág. 875 y ss.

las empresas para poner en marcha discriminaciones difícilmente controlables y en definitiva puede restar eficacia al propio suministro de información por temor a posibles represalias⁷⁴.

5. CONCLUSIONES

- I. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han propiciado la externalización o deslocalización de la mano de obra, y con ello el surgimiento de nuevas formas de trabajo tecnológico como es la prestación de servicios mediante plataformas digitales, las cuales no sólo se prestan a escapar del ámbito protector del Derecho individual del Trabajo, sino también del Derecho colectivo.
- II. La inexistencia de estructuras representativas en el seno de las plataformas digitales, constituye una de las grandes dificultades a la hora de defender el interés colectivo de quienes prestan servicios en ellas. Además, el que no exista un centro de trabajo físico en el sentido tradicional del término, perjudica el propio sustrato de la actividad sindical que es la coincidencia de los trabajadores en un mismo espacio, y también dificulta la penetración del sindicalismo en este nuevo tipo de trabajadores aislados de sus compañeros y comunicados con la empresa casi exclusivamente de manera virtual.
- III. El Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, ha introducido en dicha norma una nueva Disposición Adicional Vigésimotercera, que establece una presunción de laboralidad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Se trata ésta de una presunción de laboralidad limitada a las plataformas digitales de reparto de productos de consumo o mercancías a terceros, condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos y no aplicable al trabajo prestado mediante otras plataformas digitales, pero que en cualquier caso garantiza que estos trabajadores tengan derecho

⁷⁴ Goerlich Peset, J.M., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, ob. cit. pág. 12 y ss.; Gil Otero, L., “Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral”, ob. cit. pág. 1394; Nieto Rojas, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, ob. cit. pág. 1536.

a las estructuras representativas previstas en el ET y en la LOLS para los trabajadores asalariados.

- IV. Aún en el supuesto de entender que estamos ante trabajadores asalariados, las peculiaridades en la prestación de sus servicios van a hacer difícil la creación de órganos de representación colectiva. Entre los factores que dificultan la organización colectiva del trabajo mediante plataformas digitales, destacarían los siguientes: la condición formal de trabajadores autónomos de quienes prestan servicios en ellas; la inexistencia de un espacio físico de trabajo que permita crear una identidad colectiva; el desconocimiento e incluso rechazo hacia las organizaciones sindicales tradicionales; el riesgo a la represalia o “desactivación” ante cualquier reivindicación individual o colectiva; o el porcentaje relativamente reducido de empleo que representan respecto de las formas de trabajo tradicionales.
- V. Frente a este reto, se impone la necesidad de encontrar nuevas vías de actuación a nivel sindical. Así ha sucedido por parte de los sindicatos tradicionales o clásicos, que han comenzado a abordar este fenómeno si bien de un modo sesgado, creando básicamente espacios de información y asesoramiento a nivel digital. A la espera de una renovación de los esquemas de actuación sindical que garantice la lucha contra la precariedad laboral intrínseca a este fenómeno, cabe afirmar que la afiliación de estos prestadores de servicios a un sindicato de clase y la posterior constitución de una sección sindical en la empresa sería la opción más viable para canalizar sus derechos de participación y de representación.
- VI. Para evitar la desprotección de estas formas de trabajo tecnológico, será necesaria una revalorización del papel desempeñado por los órganos de representación unitaria y sindical de quienes prestan servicios en ellas, pero también un replanteamiento de las estrategias sindicales dirigidas a conseguir que las mismas aplicaciones informáticas que la empresa pone a disposición de estos trabajadores para desempeñar sus funciones, puedan permitirles también el legítimo ejercicio de sus derechos.

LA NECESARIA SUPERACIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO COMO UNIDAD ELECTORAL *

PIERRE-HENRI CIALTI

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras clave: Unidad electoral, centro de trabajo, contratas, nuevas tecnologías

Son de sobra conocidos los disfuncionamientos provocados por la equiparación, muy consolidada, del centro de trabajo con la unidad electoral en cuanto a la constitución de la representación de los trabajadores, especialmente en las empresas de estructura compleja. Estos disfuncionamientos se han visto amplificados por un proceso de fragmentación de la estructura de las empresas, fragmentación debida a diferentes factores, entre los cuales están el fenómeno de la externalización y el desarrollo y la extensión masiva de las nuevas tecnologías. Frente a ello, se ha formulado varias propuestas de reformas legales de enorme interés.

Tras enmarcar todas estas cuestiones, este trabajo pretende aportar más elementos al debate sobre la deseable reforma del concepto de centro de trabajo, gracias a la exposición del derecho francés en la materia.

ABSTRACT

Keywords: Electoral unit, workplace, outsourcing, new technologies

The dysfunctions caused by the well-established equality of the workplace with the electoral unit or constituency are well known in terms of the constitution of the representation of workers, especially in companies with a complex structure. These dysfunctions have been amplified by a process of fragmentation of the structure of the companies, fragmentation due to different factors, among which are the phenomenon of outsourcing and the development and massive extension of new technologies. Faced with this, several proposals for legal reforms of enormous interest have been formulated. After framing all these questions, this paper aims to contribute more elements to the debate on the desirable reform of the concept of work center, thanks to the exposition of French law on the matter.

*Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS DISFUNCIONAMIENTOS INTRÍNSECOS DE LA EQUIPARACIÓN CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL
 - 2.1. La inseguridad jurídica en torno al concepto de centro de trabajo del artículo 1.5 ET
 - 2.2. El centro de trabajo como unidad electoral básica
3. FACTORES POTENCIADORES DE LAS CARENCIAS DE LA EQUIPARACIÓN ESTRICTA CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL
 - 3.1. La fragmentación de las empresas
 - 3.1. La extensión masiva de las nuevas tecnologías
4. LA UNIDAD ELECTORAL: PROPUESTAS DE REFORMAS
 - 4.1. Las alternativas al centro de trabajo del artículo 1.5 ET, fuera y dentro del ET.
 - 4.1. Propuestas de reformas
5. LA PERSPECTIVA FRANCESA
 - 5.1. La configuración de la representación de los trabajadores a partir de la ordenanza nº 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017
 - 5.2. La determinación del centro de trabajo a efectos electorales mediante acuerdo mayoritario
 - 5.3. La intervención patronal, administrativa y judicial en caso de desacuerdo
 - 5.4. Descentralización productiva y digitalización
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La representación de los trabajadores en la empresa, regulada en el Título II del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), es objeto de consenso en cuanto a su funcionamiento, lo que ha producido cierta estabilidad legal en su diseño¹. Sin embargo, presenta disfuncionamientos, entre ellos, los provocados por la equiparación, muy consolidada, del centro de trabajo con la unidad o circunscripción electoral.

Estos disfuncionamientos, especialmente en las empresas de estructura compleja, se han visto amplificadas por un proceso de fragmentación o remodelación de la estructura de las empresas, fragmentación debida a diferentes factores, entre los cuales están el fenómeno de la externalización y el desarrollo y la extensión masiva las nuevas tecnologías.

Frente a ello, se ha formulado varias propuestas de reformas legales de enorme interés.

Tras enmarcar todas estas cuestiones, este trabajo pretende aportar, por otra parte, más elementos al debate gracias a la exposición del derecho francés en la

¹ Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL, nº 1/2016, p. 51.

materia. Esta visión de derecho comparado tiene un especial interés por una serie de reformas operadas en el ordenamiento jurídico francés en los últimos años.

2. LOS DISFUNCIONAMIENTOS INTRÍNSECOS DE LA EQUIPARACIÓN CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL

Una de las primeras dificultades reside en la aplicación práctica de los elementos de definición del centro de trabajo del artículo 1.5 ET. En efecto, como lo subraya un autor, el concepto de centro de trabajo se caracteriza por su indeterminación, lo que provoca gran inseguridad jurídica².

Ello repercute sobre la actuación de las organizaciones sindicales a la hora de presentar el preaviso de elección. En efecto, la determinación de la unidad electoral queda sometida a la consideración de centro de trabajo en el marco antes descrito. A todo ello, se ha de añadir una interpretación muy restrictiva del Tribunal Supremo, que conduce, en la práctica, a excluir un número considerable de trabajadores de un proceso electoral y, por lo tanto, a privarles de representantes que puedan velar por sus intereses.

2.1. La inseguridad jurídica en torno al concepto de centro de trabajo del artículo 1.5 ET

El artículo 1.5 ET define el centro de trabajo como “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

Se ha subrayado que, dada la expresión “a efectos de esta ley” recogida en el artículo 1.5 ET, el concepto de centro de trabajo tenía vocación de aplicarse a todas las materias reguladas en el ET³, incluidas las disposiciones del título II ET relativas a los representantes de los trabajadores. En este sentido, el artículo 5.1 del RD 1844/1994 se limita a reproducir la definición del artículo 1.5 ET.

Descartada la exigencia formal del alta ante la autoridad laboral, que tiene simple eficacia declarativa o probatoria⁴, los elementos determinantes

² Álvarez del Cuvillo, A. “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO nº 188/2016, versión digital.

³ Ramírez Martínez, J.M. “El centro de trabajo”, en *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación* (coord. A. Blasco Pellicer), 2010, p. 43 y ss.

⁴ Ramírez Martínez, J.M., “El centro de...” op. cit. 2010, p. 43. En el plano jurisprudencial, ver STS de 14 de julio de 2011 (rec. ud. nº 140/2010). Dar valor constitutivo a ese trámite administrativo conduciría a dejar el concepto de centro de trabajo al árbitro del empresario. Ahora bien, como lo señala un autor, la declaración del empresario podría poner en marcha la doctrina de

de la definición de centro de trabajo corresponden a la unidad productiva con organización específica.

La “unidad productiva”, si bien no existe total unanimidad, se podría contemplar como “unidad técnica de producción”⁵, es decir, como “un conjunto de medios materiales y humanos que tiene una cierta entidad en el proceso de producción de bienes o servicios” y que, desde una perspectiva amplia, “abarca divisiones verticales, horizontales o mixtas”⁶.

Sin embargo, el elemento decisivo reside en la existencia de una “organización específica”, que se traduce por la apreciación de una cierta autonomía organizativa y no técnica. En este marco, el núcleo del problema reside en apreciar a partir de cuándo esta autonomía permite considerar que estemos ante un centro de trabajo. Para ello, desde hace mucho tiempo, la doctrina⁷ y la jurisprudencia⁸ se refieren al “criterio técnico-laboral”. Si se contesta por la afirmativa, parece sensato y razonable que los trabajadores puedan organizarse y ser representados ante el representante del empleador en el ámbito considerado. Para apreciar esta autonomía, se recurre a una serie de índices o “hechos-base”⁹: elemento territorial o geográfico; factor objetivo¹⁰; vocación de continuidad o permanencia de la unidad; cierta independencia económica o productiva de la unidad; existencia de un grupo humano reconocible y socialmente percibido como tal, con cierta estabilidad y vocación de permanencia; particularidades de las condiciones de trabajo; presencia de un representante del empleador con poderes de organización y dirección;

los actos propios, impidiendo su retractación (Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 6).

⁵ Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M., “El concepto de centro de trabajo (problemas interpretativos del artículo 1.5 ET)”, ACTUALIDAD LABORAL, nº 33/1985, p. 1655.

⁶ Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 5-6.

⁷ Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Trotta, Madrid, 1992, p. 34; Sala Franco, T. y Ramírez Martínez, J.M., “El concepto de ...”, op. cit., AL, nº 33/1985, p. 1655.

⁸ Para el Tribunal Supremo, el centro de trabajo se define como la “unidad productiva, con organización específica y funcionamiento autónomo, aun no siendo independiente del conjunto de la empresa, y que tiene efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral” (por ejemplo, SSTS de 17 de septiembre de 2004, rec. nº 81/2003; de 11 de febrero de 2015, rec. ud. Nº 2872/2013).

⁹ Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 9, que realiza un muy útil trabajo de sistematización, distinguiendo los rasgos de individualización de la unidad productiva que permiten presumir organización propia y los rasgos referidos directamente a la organización del trabajo o a la interlocución laboral.

¹⁰ Como lo denomina Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores...*, op. cit., 1992, p. 32). Este factor permite contemplar la existencia de un conjunto de medios materiales y de capital propios de una determinada unidad productiva que habría de implicar una organización capaz de gestionarlo.

existencia previa de órganos de representación de los trabajadores o de procesos de negociación o consulta formales o informales; o cumplimiento de diversas obligaciones administrativas. Todos ellos no deben coexistir necesariamente, sino que ofrecen una parrilla de lectura y elementos de apreciación desde una perspectiva general.

Se han de añadir tres consideraciones complementarias.

Por una parte, la jurisprudencia demuestra una gran facilidad para considerar pequeños centros de trabajo como centros de trabajo, especialmente a efectos electorales¹¹.

Por otra parte, el protagonismo del ámbito provincial, debido al radio de acción limitado y a la falta de herramientas de coordinación de los árbitros provinciales¹², así como a las competencias de los juzgados de lo Social¹³, limita, en gran medida, una labor de homogeneización a las soluciones aportadas en el ámbito de cada provincia.

Finalmente, las organizaciones sindicales se enfrentan a grandes dificultades para aportar elementos fácticos que corroboran la delimitación de la empresa en centros de trabajo en caso de litigio con ocasión de la presentación del preaviso electoral¹⁴.

Así, en la práctica, la materia se caracteriza por mucha casuística y por la ausencia de una delimitación clara y homogénea de los criterios definitorios del artículo 1.5 ET o 15 RD 1844/1994¹⁵.

¹¹ Ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, nº194/2017, versión digital, p 4, que cita, por ejemplo, STS de 14 de julio de 2016, rec. nº 161/2015; STS de 31 de enero de 2001, rec. nº 1959/2000; STS de 19 de marzo de 2001, rec. n 2012/2000; o STS de 20 de febrero de 2008, nº rec. 77/2007.

¹² El artículo 76 ET, así como la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establecen la obligatoriedad de la vía arbitral para todo lo relativo a la promoción electoral.

¹³ Art. 127.2 LRJS que regula la impugnación judicial del laudo arbitral en materia electoral, estableciendo la competencia exclusiva del Juzgado de lo Social de la provincia correspondiente (art. 10.2.g] LRJS), así como la imposibilidad de recurso de duplicación (art. 191.2.c] LRJS), salvo si se ha de apreciar posible lesión del derecho fundamental de libertad sindical (ver art. 184 LRJS y la acumulabilidad de acciones del artículo 26.2 LRJS).

¹⁴ Lo que Álvarez del Cuvillo denomina la “carga de la persuasión” (“El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016, p. 17 y ss.).

¹⁵ Así, la doctrina ha señalado con acierto que “seguirá campando el tacticismo, el empresarial y el sindical, tan pronto partidarios del lugar de trabajo como del centro de trabajo según convenga en cada convocatoria electoral” (ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, p. 20).

2.2. El centro de trabajo como unidad electoral básica

La definición del centro de trabajo posee gran transcendencia en materia electoral, pues se confunde con la unidad o circunscripción electoral. Es decir, no se ha de celebrar un proceso electoral en una empresa que dispone de estructura compleja, sino que se ha de desarrollar en cada centro de trabajo de forma independiente.

La jurisprudencia del TS ha consagrado sin ambages esta idea considerando que, independientemente de la estructura compleja de la empresa, la unidad electoral básica se refiere al centro de trabajo, con la única excepción del comité conjunto del artículo 63.2 ET¹⁶. Así, la equiparación entre centro de trabajo y unidad electoral conduce a considerar que los elementos definitorios del centro de trabajo permiten definir la unidad electoral.

Esta equiparación entre centro de trabajo y unidad electoral descansa sobre el principio de inmediación, es decir, sobre la necesidad de garantizar la proximidad y de fomentar el contacto directo entre representantes y representados¹⁷.

En este marco, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación muy restrictiva de esta equiparación, excluyendo cualquier tipo de acomodación o adaptación en función de las realidades empresariales, con la salvedad de la excepción, legalmente contemplada, del comité conjunto del artículo 63.2 ET.

En este sentido, bien conocidas son sus posiciones, que impiden la elección del delegado de personal conjunto, por analogía al comité de empresa conjunto¹⁸, o a la agrupación de los centros con menos de 11 trabajadores en el seno del comité de empresa conjunto¹⁹. Fundamentalmente, subrayando la configuración legal del

¹⁶ STS de 18 de junio de 1993, nº rec. 1576/1991. La STS 19 de marzo de 2001 afirma que hay que “distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple, entendiendo por tales aquellas en que la empresa, concepto jurídico-económico e inmaterial, asienta físicamente su actividad sobre un único centro de trabajo, y las de estructura más compleja o múltiple, que la desarrollan en varios centros. Para las primeras, la expresión “empresa o centro de trabajo”, denota equivalencia, ya que la elección de representantes deberá necesariamente llevarse a cabo en la empresa, o “lo que es lo mismo”, en el único centro de trabajo que constituye su base física. Para las de organización compleja o múltiple, donde tal equivalencia no es posible, no opera ya la disyuntiva y el precepto establece el centro de trabajo como única unidad electoral, sin otorgar ninguna facultad de opción a los promotores”.

¹⁷ Borrajo Dacruz, E., “Delegados sindicales: ¿En la empresa o en el centro de trabajo?”, ACTUALIDAD LABORAL, nº 34/1987, p. 1854; Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores...*, op. cit., 1992, p. 43 y ss.

¹⁸ STS 31 de enero de 2001, rec. 1959/2000 y STS 19 de marzo de 2001, rec. nº 2012/2000.

¹⁹ STS de 20 de febrero de 2008, rec. nº 77/2007. Ver Cabeza Pereiro, J., “Al paso de la jurisprudencia del TS relativa a las unidades electorales, después de la S. de 20 de febrero 2008”, RELACIONES LABORALES, nº 2/2008, p. 569.

derecho de participación, el TS realiza una interpretación estricta de la ley y se basa en dos consideraciones para justificar su posición. Por una parte, los artículos 62 y 63 ET son de derecho necesario absoluto y no aceptan modificaciones o adaptaciones. Se trataría de una consecuencia directa de la doble finalidad de las elecciones de los representantes de los trabajadores en las empresas que permiten, a la vez, medir la audiencia electoral de las organizaciones sindicales y, consecuentemente, determinar su representatividad. Por otra parte, alude, especialmente para la exclusión de los centros con menos de 11 trabajadores del comité de empresa conjunto, a la necesidad de mantener el carácter voluntario de la existencia de representación de los trabajadores en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores²⁰.

Los argumentos del Tribunal Supremo no acaban de convencer.

Por una parte, respecto al carácter indisponible del marco legal, el TS ha admitido la constitución de comité de grupo, carente de fundamentos legales²¹. Al margen de ello, en la práctica, si no hay impugnación del preaviso electoral y, por lo tanto, del reparto de la empresa en centros de trabajo, cabe cualquier posibilidad. En este sentido, el propio TS alude, si bien en un asunto en relación con la representación sindical, a un “centro de trabajo virtual derivado de agrupar varios de ellos”, reconociéndole así cierta relevancia²². Incluso en caso de impugnación, si bien no es unánime, los árbitros y la doctrina judicial han podido dar su beneplácito a acuerdos colectivos que establecen una unidad electoral distinta al centro de trabajo o a la empresa, siempre y cuando se trate de supuestos no previstos expresamente por el legislador y, además, sin empeoramiento evidente de la regulación legal²³. Esta desconexión con la realidad y con el consenso que puede

²⁰ Para la TS, “esta falta de concordancia entre el ámbito de la representación y el ámbito de la elección ha podido desvirtuar la voluntad de los trabajadores de dicho centro de trabajo que son, como es lógico, los únicos con derecho de sufragio activo en la elección de su delegado de personal” (STS 14 de junio de 2011, rec. ud. nº 140/2010).

²¹ STS de 27 de abril de 1995, rec. nº 2858/1993, en la cual los jueces afirman que “aunque el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores lo regula exclusivamente para una sola empresa, es admisible la validez de este órgano, pues el artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores previene la posibilidad de otras formas de participación de los trabajadores, aparte de las previstas en la Ley”.

²² STS de 21 de junio de 2016, rec. 182/2015.

²³ Por ejemplo, el caso RENFE (acuerdo de 28 de noviembre de 2014 que establece centros de trabajo del grupo en su conjunto, eludiendo el ámbito empresarial). Ver Vivero Serrano, J. B., “La validez de las elecciones sindicales en el grupo de empresas RENFE y las deficiencias del modelo provincial de impugnaciones”, TRABAJO Y DERECHO, nº 6/2015, p. 145 y como. Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016.

existir en la práctica, hacen aún menos comprensible y convincente la posición del Tribunal Supremo²⁴.

Por otra parte, respecto al carácter voluntario de la constitución de la representación de los trabajadores en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores, resulta llamativa la posición del Tribunal Supremo que parece eludir la del Tribunal Constitucional, muy en línea con la promoción sindical, que admite, por el contrario, el acuerdo mayoritario tácito en las empresas de entre 6 y 10 trabajadores, permitiendo a los sindicatos tomar la iniciativa con el respaldo posterior de la mayoría de los trabajadores afectados²⁵.

Finalmente, esta interpretación podría chocar con el marco constitucional y, sobre todo, europeo. En el plano constitucional, no da cabida al derecho de participación de los trabajadores del artículo 129.2 CE, que, aunque sea de carácter programático y subordinado al desarrollo legal, encomienda a todos los poderes públicos, incluido el judicial, a promover de forma eficaz las diversas formas de participación en la empresa. Igualmente, se podría invocar el artículo 9.2 CE que debería conducir, de nuevo, a todos poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”²⁶.

En el plano europeo, un autor hace referencia al derecho fundamental de información y consulta del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la directiva 2002/14 y a la jurisprudencia del TJUE²⁷. Otro autor

²⁴ Gómez Abelleira, F.J., “La representación de los trabajadores en pequeñas empresas”, en Mercader Uguina, J. (dir.), *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 181, para quien el carácter imperativo de las reglas legales no convence ya que “permitir que por acuerdo entre empresa y trabajadores se celebren elecciones en centros de trabajo con menos de seis trabajadores no ha de producir efectos negativos en aquel sistema”. puesto que las elecciones a representantes unitarios proyectan sus efectos sobre el sistema de representatividad sindical, debiera permitirse la máxima extensión de aquellas, a fin de que este sistema sea justamente lo más representativo posible”.

²⁵ STC 36/2004 de 8 de marzo. Ver los argumentos de Cabeza, J., *Las elecciones sindicales*, 2ª ed., Bomarzo, 2018, p. 33, que afirma a modo de conclusión que “la doctrina del TS no guarda una coherencia suficiente con el principio de interpretación no restrictiva del derecho del art. 28.1 CE”

²⁶ Escudero Rodríguez, R. “Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de audiencia electoral”, *REVISTA DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES*, nº 1/2016, p. 48.

²⁷ Gómez Abelleira, F.J., “La representación...”, op. cit., p. 181, que ha hace referencia al considerando 16 de la Directiva 2002/14 (“La presente Directiva no afecta a los sistemas que prevén medios de participación directa de los trabajadores, siempre que éstos tengan en todo caso

elabora una crítica a la posición restrictiva del Tribunal Supremo, considerando que “la jurisprudencia del TS afecta negativamente los derechos de información, consulta y participación en materia de seguridad y salud” y “produce que haya una apariencia de incompatibilidad” entre los derechos de información, consulta y representación y defensa colectiva de los trabajadores, reconocidos en el art. 153 del TFUE”²⁸.

En todo caso, además de poder producir perjuicios a la parte patronal, especialmente en materia de negociación colectiva²⁹, esta jurisprudencia tiene la lamentable consecuencia de excluir a un número considerable de trabajadores de procesos electorales y, por ende, de privarles de representación.

Desde luego, ello no constituye una cuestión nueva y exclusivamente conectada con la equiparación entre centro de trabajo y unidad electoral.

En efecto, la fijación de un umbral de al menos 6 trabajadores para que exista una representación de los trabajadores estructurada y con garantías, afecta a las empresas con un solo centro de trabajo, las más numerosas en España, y a sus trabajadores. Se considera que, en estas estructuras, puede existir un diálogo directo entre el empresario y sus trabajadores.

Todo ello resulta aún más problemático a sabiendas de que son las elecciones reguladas en el Título II del ET las que permiten medir la audiencia electoral de las organizaciones sindicales a efectos de representatividad sindical³⁰. Entrar en más

la posibilidad de ejercer el derecho a la información y a la consulta a través de sus representantes”), así como a las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE C-382/92 y C-383/92: “la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los representantes de los trabajadores con vistas a la información y consulta”.

²⁸ Cabeza, J., *Las elecciones...*, 2018, p. 35 y ss. Especialmente en relación con las directivas 2009/38/CE sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta, 2001/86/CE y 2003/72/CE, sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y en la sociedad cooperativa europea, y 2001/23/CE sobre transmisión de empresa.

²⁹ Salvo a negociar con la representación sindical, en las empresas de estructura compleja que no cuentan en todos sus centros de trabajo de una representación estatutaria, resulta imposible para el empleador contar con un convenio colectivo empresarial cuya aplicación preferencial respecto al ámbito sectorial se encuentra fuertemente consolidada a partir de la reforma de 2012 (art. 84.2 ET). Bien conocida es la posición del TS al respecto que declara, en virtud del principio de correspondencia, la nulidad de un convenio de empresa cuyo ámbito de aplicación contempla la empresa en su globalidad (ver STS, de 20 de mayo de 2015, nº rec. 6/2014). A su vez, la parte patronal ve su margen de acción aún más reducido, dada la STS de 10 de julio de 2019, nº rec. 49/2081, que afirma que el convenio colectivo de centro de trabajo no es un convenio de empresa a efectos de la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET.

³⁰ Lahera Forteza, J., “Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma”, *REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 2/2016, vol. 4, p. 6.

valoraciones nos conduciría a extremos que se apartan del propósito del presente trabajo. Sin embargo, no deja de ser lamentable que un número importantísimo de trabajadores no pueda participar en la determinación de la representatividad sindical de las organizaciones sindicales que, de hecho, defienden sus intereses en los ámbitos sectoriales o interprofesional. Esta situación resulta aún más lamentable cuando se trata de trabajadores que desempeñan su actividad en pequeños centros de trabajo que forman parte de grandes empresas implantadas en un extenso territorio.

Este modelo de empresa ilustra un proceso de fragmentación de las empresas, favorecido por la diversidad de los modelos de estructuración empresarial³¹. Junto con la extensión masiva de las nuevas tecnologías, representan dos factores que hacen más visibles las carencias de una equiparación estricta entre centro de trabajo y unidad electoral.

3. FACTORES POTENCIADORES DE LAS CARENCIAS DE LA EQUIPARACIÓN ESTRICTA CENTRO DE TRABAJO-UNIDAD ELECTORAL

3.1. La fragmentación de las empresas

Las políticas empresariales que tienden a fragmentar o reducir la dimensión de los centros de trabajo que forman la estructura empresarial, se plasman de manera paradigmática a través de las contrata y subcontratas, cuando los trabajadores de la empresa contratista ejecutan la actividad en los locales de la empresa principal.

Las reformas legales intervenidas desde el ET-80 en materia de contrata no han impactado directamente en la cuestión de la determinación del centro de trabajo a efectos de elecciones sindicales³². Sin embargo, los supuestos de contrata agudizan las problemáticas antes señaladas y, ello, en un doble sentido.

Por un lado, el uso extensivo de la contrata reduce la plantilla de los centros de las empresas principales, recurriendo a trabajadores de otras empresas para llevar a cabo parte del proceso de producción o desempeñar actividades antes realizadas por ellas directamente. Así, se dificulta el cumplimiento de los umbrales necesarios para la instauración obligatoria de una representación de los trabajadores o se reduce el número de representantes exigidos.

³¹ Además de una economía basada en el tercer sector, centrada en los servicios (Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, p 4).

³² Así, RDL 5/2006 de 9 de junio y la posterior Ley 43/2006 de 29 de diciembre, así como Ley 32/2006 relativa al sector de la construcción.

Por otro lado, conduce a determinar si el lugar de ejecución de la prestación de los trabajadores de la empresa contratista en los locales de la empresa principal constituye o no un centro de trabajo y si, consecuidamente, se ha de elegir, en su caso, una representación de los trabajadores. No nos corresponde aquí analizar el marco de determinación de los centros de trabajo³³, pero sí contemplar sus consecuencias sobre la representación de los trabajadores.

Si el lugar de ejecución de la prestación de servicios de los trabajadores contratistas en los locales de la empresa principal se considera centro de trabajo, siempre y cuando se cumpla el umbral exigido, deberán existir representantes de los trabajadores. Podrán coordinarse con los representantes de los trabajadores de la empresa principal, respecto a las condiciones de ejecución de la actividad laboral (art. 42.7 ET). Si se considera centro de trabajo y que no se alcanza el umbral mínimo, no participarán en ningún proceso electoral y la implantación sindical resulta compleja y poco atractiva³⁴. En este caso, se aplican las previsiones del artículo 42.6 ET, que instaura un canal de representación limitado de los trabajadores de la contratista sin representantes ante la empresa principal. Ahora bien, si se considera lugar de trabajo, independientemente del número de trabajadores, los trabajadores deberán ser adscritos a un centro de trabajo donde podrán participar en un proceso electoral. En este caso, existirá un distanciamiento físico entre, de un lado, estos trabajadores y, de otro lado, el centro de decisión de la empresa y sus representantes³⁵.

Por otra parte, los supuestos de sucesión de contratistas dan pie, en muchas ocasiones, a la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente, lo que puede surtir efectos sobre sus órganos de representación, así como sobre los de la empresa entrante.

Así, en caso de subrogación, se verán afectadas las plantillas de ambas empresas, la saliente y la entrante, lo que conduce a examinar el cumplimiento de los umbrales de ambas empresas, especialmente si no se reconoce la existencia de centro de trabajo en el lugar de prestación del servicio.

Justamente, respecto al reconocimiento de un centro de trabajo en el marco de la contrata cuando la actividad se ejerce en la empresa cliente, la subrogación otorga

³³ Ver, entre otros, Molero Marañón, M^a.L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en Valdés Dal-Ré, F., y Molero Marañón, M^a.L., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 71 ss.; Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, n^o 188/2016, p. 26.

³⁴ En efecto, no existe a priori un interés especial de las organizaciones sindicales de implantarse, pues estos trabajadores ni siquiera participan a ningún proceso electoral que sea destinado, al menos, a medir la representatividad sindical.

³⁵ Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 7.

cierta estabilidad a la colectividad de trabajadores, lo que constituye un indicio que tiende a facilitar su reconocimiento³⁶, si bien el empleador entrante podría modificar la organización existente haciendo perder autonomía a la estructura transmitida³⁷ y neutralizar las reglas del artículo 44.5 ET³⁸.

3.2. La extensión masiva de las nuevas tecnologías

La extensión masiva y democratización de las nuevas tecnologías tienen varios impactos sobre los procesos de determinación de los centros de trabajo y sobre la constitución de la representación de los trabajadores.

En primer lugar y en eco con las consideraciones anteriores, las nuevas tecnologías participan en el fenómeno de fragmentación de las empresas, por el hecho de hacer aún más borrosos los elementos de definición del centro de trabajo, especialmente el de organización específica³⁹. En efecto, permiten fluidez e inmediatez en los intercambios de información y proporcionan herramientas de control que hacen inútil la presencia física del trabajador en los locales de los centros de trabajo de la empresa o la cercanía con un superior jerárquico. En este marco, se produce una centralización del poder de decisión, lo que puede conducir a diluir la organización específica y a convertir un centro de trabajo en un mero lugar de trabajo, sin representación de los trabajadores propia, desconectado del poder de decisión.

En segundo lugar, la democratización de las nuevas tecnologías ha permitido la emergencia de nuevas formas de trabajo.

Por un lado, en el marco del teletrabajo, como modalidad de trabajo a domicilio, los trabajadores han de ser adscritos formalmente a un centro de trabajo⁴⁰

³⁶ Fito Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, DOCUMENTACIÓN LABORAL, nº 107/2016, p. 40-42 que repasa la jurisprudencia que reconoce la existencia de un centro de trabajo en estos supuestos. A su vez, señala que se trata en la mayoría de los casos, de centros de trabajo de pequeñas dimensiones, lo que provoca que el reconocimiento de centro de trabajo pueda tener un efecto, contrario al perseguido, de deber constituir un comité conjunto, provocando un alejamiento entre representantes y representados.

³⁷ Fito Ortega, F., “La incidencia...”, op. cit., DL, nº 107/2016, p. 42. Sin embargo, otro autor señala que, en la práctica, se suele mantener la representación de los trabajadores de la unidad transferida, o bien gracias a la aplicación de cláusulas convencionales de subrogación o de las condiciones de la concesión, o bien para evitar conflictos innecesarios (Álvarez del Cuvillo, A., “El centro de trabajo...”, op. cit., REDT, nº 188/2016).

³⁸ Que obliga a la nueva contratista a mantener la representación de los trabajadores, si hubiese.

³⁹ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº 194/2017, versión digital.

⁴⁰ Art. 13.5 ET.

y participarán, en su caso, en los procesos electorales de su empresa. Ahora bien, en estos casos, se trata de determinar en qué centro, y en función de qué criterios, se han de adscribir los teletrabajadores, si la empresa se compone de varios. El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia proclama el derecho de las personas trabajadoras a distancia “a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas”, pero remite esta cuestión a la negociación colectiva⁴¹.

Igualmente, el cambio organizacional de la empresa a esa modalidad de trabajo puede conducir a la desaparición del centro de trabajo físico en el cual los trabajadores desempeñaban anteriormente su actividad. En este caso, cabe plantearse la permanencia de la representación de los trabajadores constituida en los centros de trabajo físico suprimidos a consecuencia de la implantación del teletrabajo. Este supuesto ha sido objeto de una sentencia del Tribunal Supremo en 2017, que considera, si bien sin unanimidad y con excepciones, que “la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”⁴².

Por otro lado, cabe traer a colación el supuesto extremo de digitalización completa de la empresa. Para estos trabajadores, no existen centros de trabajo y la unidad electoral se traslada a la empresa en su globalidad, “bien es cierto que, a partir de una espiritualización del centro de trabajo, por lo demás perfectamente posible en el marco de la definición legal del artículo 1.5_ET”⁴³. Ahora bien, esta centralización de la representación de los trabajadores, produce una situación de aislamiento de los trabajadores y una desconexión aún mayor entre representantes y representados. En este sentido el artículo 19.2 del RD 28/2020 presta atención a la obligación de la empresa de garantizar y apoyar la comunicación entre representantes y representados. Sin embargo, no parece tomar en consideración la realidad de las empresas digitalizadas, pues sigue exigiendo la “participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales” (art.

⁴¹ Artículo 19. Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia.

⁴² STS 28 de abril de 2017, rec. n.º 124/2016, ver García Campá, S., “La noción de centro de trabajo ¿varía según se constituya o extinga la representación legal de los trabajadores?: El caso de los teletrabajadores”, NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, n.º 202/2017, p. 289.

⁴³ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, n.º194/2017, versión digital. De hecho, señala que, más que la determinación del centro de trabajo, la mayor dificultad a la celebración de elecciones sindicales en estas nuevas empresas tecnológicas y colaborativas, reside en “el perfil profesional y cultural de sus trabajadores asalariados más individual que colectivo” y en la poca implantación sindical. Igualmente, ver Garrido Pérez, E., “la representación de los trabajadores al servicio de empresas colaborativas”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL, n.º 80/2017, p. 219

19.3 RD 28/2020), es decir, no parece muy adaptado a una empresa con actividad y trabajadores implantados en todo el territorio nacional, pero con un único centro físico de trabajo e, incluso, sin sede física como tal. Al contrario, la fórmula inicial del artículo 19 parece, al contrario, lo suficientemente amplia como para exigir obligación empresarial en todas las situaciones⁴⁴.

4. LA UNIDAD ELECTORAL: PROPUESTAS DE REFORMAS

Antes de abordar las propuestas de reformas avanzadas, resulta interesante formular algunas consideraciones respecto al derecho positivo que contempla ya, dentro y fuera del ET, alternativas al centro de trabajo del artículo 1.5 ET.

4.1. Las alternativas al centro de trabajo del artículo 1.5 ET, fuera y dentro del ET

Paradójicamente, desde su promulgación en 1980⁴⁵, el ET permite, en virtud de su vigente disposición final 2.2 ET, la adaptación del marco legal a la diversidad de las estructuras empresariales y la constitución de unidades electorales distintas al centro de trabajo. Sin embargo, esta posibilidad se ha aprovechado de manera aislada y puntual en los sectores de la marina mercante y la flota pesquera⁴⁶. En definitiva, el ET contempla la heterogeneidad de las estructuras empresariales en materia electoral, pero no se aprovechó la oportunidad brindada.

Si nos referimos a otras normas, el ordenamiento jurídico español reconoce ya el carácter polisémico del concepto de centro de trabajo, por lo que la construcción de un concepto propio y distinto de centro de trabajo como unidad electoral no resultaría extraño. En este sentido, el concepto de centro de trabajo tiene, hoy en día, diferentes significados según la materia considerada y la norma que lo regula⁴⁷.

⁴⁴ Art. 19.3 RD 28/2020: “Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales [...]”.

⁴⁵ Para una comparación con la regulación anterior, ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

⁴⁶ Arts. 15 a 20 RD 1844/1994 en virtud de los cuales se fija como unidad electoral la empresa y no los diferentes buques (asimilados a los centros de trabajo).

⁴⁷ Dicho de otro modo, el concepto de centro de trabajo posee una “realidad maleable en función de las finalidades perseguidas por las distintas normas que al mismo se refieren” (Fito Ortega, F., “La incidencia...”, op. cit., DL, nº 107/2016, p. 37).

En las administraciones públicas, la unidad electoral de referencia se construye a partir de un concepto propio de centro de trabajo muy alejado del concepto general del artículo 1.5 ET⁴⁸.

En materia de PRL respecto a la coordinación de actividades empresariales en caso de que trabajadores de varias empresas desempeñen su actividad en un mismo centro, se entiende el centro de trabajo de forma muy extensa y flexible, como lo ilustra la definición del artículo 2 del RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. El centro de trabajo corresponde a “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”⁴⁹.

Para la representación sindical, el Tribunal Supremo considera, tras cambios jurisprudenciales, que la conjunción “o” del artículo 10.1 LOLS, ha de permitir la designación del delegado sindical tomando en cuenta la empresa en su globalidad o el centro de trabajo⁵⁰. Incluso, admite que se tomen en consideración la agrupación de algunos centros de trabajo de la empresa⁵¹.

Siguiendo la idea de la posibilidad de adoptar, según el caso concreto, la empresa en su globalidad o el centro de trabajo como ámbito de apreciación de una institución jurídica, cabe hacer referencia al impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del artículo 51 ET realizada por el TS en materia de despido colectivo, en cuanto al ámbito de apreciación del número de trabajadores a partir del cual hay que considerar el despido colectivo⁵².

⁴⁸ DA 3.ª del RD 1844/1994: “En las Administraciones Públicas, [...], constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radique en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo”.

⁴⁹ STS 22 de noviembre 2001, rec. ud. nº 3904/2001.

⁵⁰ STS de 18 de julio de 2014, rec. nº 91/2013. En un primer momento, el TS consideró que la exigencia de 250 trabajadores se había de apreciar en el centro de trabajo en caso de empresa de estructura compleja (por ejemplo, STS de 10 de noviembre de 1998, rec. ud. nº 2123/1998).

⁵¹ STS de 21 de junio de 2016, rec. nº 182/2015. Al respecto, la doctrina ha señalado con acierto que ello conduce a un “doble modelo de conformación de la plantilla de trabajadores objeto de representación colectiva” en las empresas complejas: “el modelo legal (y judicial) de representación unitaria o electiva basado imperativamente en los centros de trabajo y el modelo legal (y judicial) de representaciones sindicales basado alternativamente en la empresa compleja o en los centros de trabajo” (ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, p. 2 y ss.).

⁵² STS de 18 de marzo de 2009, rec. ud. nº 1878/2008 y STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Rabal Cañas (para profundizar, ver Cabeza Pereiro, Jaime “La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas”, Trabajo y Derecho, nº 10, 2015).

4.2. Propuestas de reformas

Sin ánimo de exhaustividad, podríamos distinguir las numerosas propuestas de modificaciones en función de su alcance y de su profundidad.

Respecto a las propuestas de reformas más puntuales, para hacer frente a la exclusión de los centros con menos de 11 trabajadores del comité de empresa conjunto, un sector de la doctrina propone la supresión de la exigencia de acuerdo mayoritario en estas empresas o centro para la constitución de una representación electiva, rebajando de hecho el umbral para la constitución de representación electiva a las unidades de al menos 6 trabajadores⁵³. Igualmente, para colmar la necesidad de instaurar un órgano en el ámbito de la empresa en su conjunto, se podría fortalecer el comité intercentros que se convertiría en obligatorio y se vería dotado de prerrogativas establecidas en la ley⁵⁴. Finalmente, para contrarrestar la interpretación del TS, se ha propuesto incluir a todos los trabajadores de los centros con menos de 11 trabajadores en el comité de empresa conjunto o, en su caso, mediante la figura del delegado de personal conjunto, todo ello otorgando disponibilidad a la negociación colectiva y eliminando la restricción geográfica del ámbito provincial⁵⁵.

Sin embargo, parece existir un consenso sobre la necesidad de una reforma de calado, en la cual se otorgue protagonismo a la negociación colectiva⁵⁶, alejándose de la determinación sindical de la unidad electoral en un marco legal encorsetado, que permita la asociación del empleador al proceso⁵⁷.

En este marco, se trataría de establecer, con una hábil combinación, reglas legales imperativas y subsidiarias, imponiendo algunos aspectos, pero dejando cierto margen de maniobra a la negociación colectiva⁵⁸.

En todo caso, la remisión a la negociación colectiva implica contemplar una solución alternativa en defecto de acuerdo. La doctrina más autorizada considera

⁵³ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 63.

⁵⁴ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 60. Señalando también la importancia del comité de centro, ver Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

⁵⁵ Gómez Abelleira, F.J., “La representación...”, op. cit., p. 193.

⁵⁶ Papel actualmente limitado al comité intercentros (art. 63.3 ET) y la adaptación de la representación en materia de salud y seguridad (art. 35.4 LPRL).

⁵⁷ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital, que resalta que, dado el papel de la negociación colectiva en detrimento del reglamento en el derecho del trabajo, “si el reglamento permite la adaptación (DF 2.2. ET), cabe admitir, por lo tanto, la intervención de la negociación colectiva en la materia”.

⁵⁸ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 61 y Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

que la regla legal de principio debería ser la fijación de la empresa como unidad electoral de referencia, salvo acuerdo colectivo que disponga otra cosa⁵⁹. Ello no impediría a la negociación colectiva establecer representantes en ámbitos más reducidos, para evitar los riesgos de desconexión entre representantes y representados⁶⁰.

Ahora bien, la elevación de la unidad electoral en el ámbito global de la empresa impacta sobre las condiciones de medición de las elecciones de los representantes y, por ende, de la representatividad sindical, pues resulta necesario contar con más votos para obtener un representante en una unidad de gran dimensión, que en una de dimensión más reducida. En este sentido y de forma coherente, se propone tomar como referencia para medir la audiencia electoral el porcentaje de votos obtenidos y no el porcentaje de representantes electos⁶¹.

Respecto al supuesto de contratas, para mayor seguridad jurídica y garantizar el derecho a la participación de los trabajadores, un autor señala la posibilidad de inspirarse de las reglas europeas previstas para las empresas de trabajo temporal⁶². Otra autora propone la instauración, mediante negociación colectiva, de estructuras específicas, como el comité intercontratas⁶³.

En todo caso, al margen de la definición legal, resulta imprescindible reforzar la seguridad jurídica en la materia. Para ello, la superación del ámbito provincial es una necesidad, especialmente en materia de convocatoria y de impugnación. En este sentido, un autor avanza la creación de un cuerpo de árbitros con competencias

⁵⁹ Cruz Villalón, J., *La representación de...*, op. cit., p. 42, que subraya que el ejercicio de las competencias de los representantes unitarios se encuadra en mayor medida en la empresa. Sobre la preferencia por el ámbito empresarial, ver también Casas Baamonde, M.E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en Cruz Villalón, J.; Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M., *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*. Bomarzo. Albacete, 2017; y Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 7; Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, nº194/2017, versión digital.

⁶⁰ Cruz Villalón, J., *La representación de...*, op. cit., p. 42 y Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 7

⁶¹ Cruz Villalón, J., “Una propuesta...”, op. cit., RGDS, nº 1/2016, p. 61-62; Escudero Rodríguez, R. “Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de audiencia electoral”, *REVISTA DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES*, nº 1/2016, p. 48; También Lahera Forteza, J., “Crisis de la...”, op. cit., RICRLDE, 2/2016, vol. 4, p. 8 y 15.

⁶² Que contempla la inclusión de los trabajadores temporales para el cálculo del umbral que conduce a la constitución de órganos de representación de los trabajadores (art. 7.2 de la directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008), ver Fito Ortega, F., “La incidencia...”, op. cit., DL, nº 107/2016, p. 44).

⁶³ Quintanilla Navarro, B., “La necesaria adaptación de las estructuras de representación en la empresa”, *CUADERNOS DE RELACIONES LABORALES*, nº 2/2007, p. 101.

supraprovinciales⁶⁴, así como la oportunidad de una reforma procesal que permitiría un labor de homogeneización de los tribunales superiores de justicia, la intervención de la Audiencia Nacional, así como la articulación entre arbitraje e intervención judicial⁶⁵.

5. LA PERSPECTIVA FRANCESA

En Francia, como desarrollo del derecho constitucional de participación, reconocido a los trabajadores a través de sus representantes⁶⁶, el artículo L. 2313-1 CT se refiere al comité social y económico (en adelante CSE) que se constituye en el ámbito de la empresa. Sin embargo, acto seguido, precisa que, en las empresas que cuentan con, al menos, 50 trabajadores y, al menos, dos centros de trabajo distintos, se constituyen CSE de centros y un CSE central de empresa.

En este marco, el núcleo de las cuestiones gira en torno a la definición del centro de trabajo distinto, que constituye la unidad electoral de referencia en las empresas de estructura compleja. Sin entrar ahora en mayores detalles, se ha de señalar que esta noción se limita a la representación del personal en las empresas y no se extiende a otras cuestiones.

Para contemplar la regulación francesa, resulta conveniente articular la exposición en tres etapas. En primer lugar, cabe formular algunas consideraciones en torno a la configuración de la representación de los trabajadores a partir de la ordenanza n° 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017. En efecto, tras varias reformas de calado, se observa un acercamiento muy importante al derecho español en la materia.

En segundo lugar, se abordará el proceso de determinación de los centros de trabajo distintos en las empresas de estructura compleja, proceso que otorga un papel preferencial a la negociación colectiva.

En tercer lugar, convendrá tratar el proceso de determinación de los centros de trabajo distintos en caso de no alcanzar un acuerdo colectivo al respecto.

⁶⁴ A nuestro parecer, resulta imprescindible, al menos, la previsión de mecanismos y herramientas de coordinación entre los diferentes árbitros, no solo a nivel nacional sino incluso provincial.

⁶⁵ Vivero Serrano, J.B., “La obsolescencia...”, op. cit., REDT, n°194/2017, versión digital.

⁶⁶ En virtud del párrafo 8 del Preámbulo de la Constitución de 1946, “Todo trabajador participa, a través sus delegados, a la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, así como a la gestión de la empresa” (Odoul-Asorey, I, “Principe de participation des travailleurs et droit du travail”, DROIT SOCIAL 2014, p. 356).

5.1. La configuración de la representación de los trabajadores a partir de la ordenanza nº 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017

El marco normativo relativo a la representación de los trabajadores en la empresa ha sufrido una profunda modificación en las ordenanzas de septiembre 2017, especialmente en la ordenanza nº 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017⁶⁷.

Anteriormente⁶⁸, existían los delegados de personal en las empresas o centros de trabajo de al menos 11 trabajadores. A partir de 50 trabajadores, se había de constituir un comité de empresa o de centro en las empresas múltiples. El marco legal permitía que ambas representaciones se acumularan y se superpusieran en una misma empresa, dado que, a pesar de algunos solapamientos inevitables pero solucionables⁶⁹, no tenían las mismas competencias y prerrogativas⁷⁰. Los delegados de personal tenía vocación de permanecer cerca de los trabajadores y representaban una vía de comunicación entre los trabajadores y el empresario⁷¹. El comité de empresa debía permitir “*la expresión colectiva de los trabajadores*” y la toma en consideración de sus intereses en las decisiones relativas a la gestión, organización y evolución financiera de la empresa. Se podían distinguir tres grandes ámbitos de actuación: en materia de información y consulta⁷²; durante un proceso de despidos colectivos ; y en materia de gestión de las actividades sociales y culturales.

Ni los delegados del personal, ni el comité de empresa podía negociar y celebrar convenios colectivos, siempre y cuando existía uno o varios representantes sindicales habilitados para ello en la empresa⁷³. Solo en caso de ausencia de estos agentes sindicales, podían celebrar acuerdos colectivos específicos⁷⁴.

⁶⁷ Loiseau, G., Lokiec, P., Pecaut-Rivolier. L. y Verkindt, P.Y., *Droit de la représentation du personnel*, Dalloz Action, 2019/2020.

⁶⁸ Para una aproximación del derecho entonces vigente, resulta ineludible la obra de Cohen, M. y Milet, L., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 13ªed., Paris, LGDJ, 2017. Posteriormente a la reforma de 2017, ver *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, 15ª ed., Paris, LGDJ, 2020.

⁶⁹ Borenfreund, G., “La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL*, 2017, p. 614-615.

⁷⁰ Art. L. 2314-19 CT-16.

⁷¹ Mediante la transmisión al empleador de las reclamaciones individuales y colectivas de los trabajadores relativas a la aplicación de la normativa vigente.

⁷² En materia económica y financiera, así como sobre las orientaciones estratégicas de la empresa, su política social y las condiciones de trabajo y el empleo (art. L. 2323-6 CT-16).

⁷³ Podía negociar otros tipos de acuerdos (por ejemplo, acuerdos en materia de participación a las ganancias o relativos al plan de ahorro salarial).

⁷⁴ Art. L. 2132-2 CT y art. L. 2232-21 y ss.

Igualmente, se ha de hacer mención al Comité de Higiene, de Seguridad y de las Condiciones de Trabajo (en adelante CHSCT) que desempeñaba funciones relacionadas con la salud y seguridad en la empresa⁷⁵.

La reforma de 2017 cambia sustancialmente la configuración anterior⁷⁶. Se procede a la fusión de las tres representaciones (delegados del personal, comité de empresa y CHSCT), en una sola, el CSE. Ahora bien, la dimensión de la empresa sigue teniendo relevancia⁷⁷, pues la naturaleza y las competencias de los CSE en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores y de los CSE en las empresas de al menos 50 trabajadores, son distintas⁷⁸.

En las empresas de entre 11 y 49 trabajadores⁷⁹, el CSE se limita a presentar al empleador reclamaciones individuales y colectivas⁸⁰, a velar por la aplicación de la ley y de las normas convencionales, así como a promover la salud, seguridad y la mejora de las condiciones de trabajo; es decir, las antiguas atribuciones de los delegados del personal más la atribución en materia de salud y seguridad⁸¹. Dispone de atribuciones en materia de consulta sobre determinadas cuestiones muy concretas⁸². No dispone de recursos económicos, ni tiene personalidad jurídica, imposibilitando actuaciones judiciales para proteger sus propios intereses, si bien puede actuar para proteger el interés de los trabajadores, especialmente a través

⁷⁵ Cohen, M. y Milet, L., *Le droit des comités...*, op. cit., 2017, n° 251.

⁷⁶ Sobre las disposiciones transitorias que conducían a la aplicación de las nuevas reglas, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019, ver Laffue, N. “La négociation de la transition entre les anciennes institutions représentatives et le CSE”, *DROIT SOCIAL* 2019, p. 373; Van Der Vlist, S., “Le sort des représentations élue et syndicale après le 31 décembre 2019”, *DROIT SOCIAL* 2020, p. 91.

⁷⁷ La reforma de 2017 hace más difícil alcanzar los diferentes umbrales, pues se modifican las condiciones de cálculo del número de trabajadores de la empresa. En adelante, el umbral debe alcanzarse durante doce meses consecutivos, mientras la regla anterior preveía, para el comité de empresa y los delegados de personal, una duración de doce meses, consecutivos o no, durante los últimos tres años (art. L. 2311-2 CT).

⁷⁸ El artículo L. 2312-1 CT afirma sin ambigüedad que “las atribuciones del comité social y económico se definen en función de la plantilla de la empresa”.

⁷⁹ Art. L. 2312-5 CT.

⁸⁰ Reclamaciones relativas a los salarios, a la aplicación de la ley y de los convenios y acuerdos colectivos. En las sociedades anónimas, el consejo de administración debe, en determinados casos, recibir a los representantes de los trabajadores del CSE.

⁸¹ Borenfreund, G., “La fusion...”, op. cit., RDT 2017, p. 612. Igualmente, dispone del derecho de alerta previsto en los artículos L. 2312-59 y L. 2312-60 CT.

⁸² Son consultas previstas en la parte correspondiente del Código de la materia considerada. Por ejemplo, en materia de accidente de trabajo (art. 1226-2 CT), de determinación de las vacaciones en defecto de acuerdo colectivo (art. 3141-16 o art. L. 3142-45 CT) o de prevención de los efectos a la exposición a factores de riesgos (art. L. 4162-2 CT).

de denuncias ante la inspección de trabajo. Así, más que un órgano, se trata del ejercicio individual de derechos reconocidos a cada representante⁸³.

En las empresas de al menos 50 trabajadores, el CSE posee personalidad jurídica y gestiona su patrimonio⁸⁴. En virtud del artículo L. 2312-8 CT, además de las atribuciones reconocidas al CSE en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, “tiene como misión asegurar una expresión colectiva de los asalariados, que permite tomar en consideración de manera permanente sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y a la evolución económica y financiera de la empresa, a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción”⁸⁵. Las funciones encomendadas, que no cambian sustancialmente respecto al marco legal anterior⁸⁶, resultan más extensas y amplias en comparación al CSE en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores. Convierten al CSE en estas empresas en un macro órgano⁸⁷, polivalente y multicompetente, lo que puede plantear dificultades, especialmente en materia de salud⁸⁸, en pequeñas estructuras donde el número de representantes es escaso⁸⁹.

⁸³ Art. L. 2315-19 CT. Para profundizar, ver Loiseau, G., “Le comité social et économique”, DROIT SOCIAL 2017, p. 1048 y Auzero, G. “Les transformations du comité social et économique”, JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE (Semaine juridique), édition sociale, 2018, 1227.

⁸⁴ Art. L. 2315-23 CT.

⁸⁵ Para ello, se prevé procesos de información y consulta sobre “las cuestiones que interesan a la organización, gestión y marcha general de la empresa, especialmente” en materia de empleo (volumen y estructura), de modificación de la organización económica o jurídica, de condiciones de empleo y de trabajo, de formación profesional, de introducción de nuevas tecnologías, de modificaciones de las condiciones de trabajo y de salud y seguridad o, finalmente, de empleo de trabajadores con discapacidad o víctimas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

⁸⁶ Ahora bien, muy criticada han sido la regulación de la participación patronal a la retribución de los expertos externos contratados por el CSE (Borenfreund, G., “La fusion...”, op. cit., RDT 2017, p. 618; Loiseau, G., “Le comité...”, Dr. Soc. 2017, p. 1049).

⁸⁷ Órgano que sigue teniendo una composición mixta, pues el empresario o su representante sigue ejerciendo de presidente, aunque no participe en las votaciones con ocasión de una consulta a los “miembros de la delegación del personal del comité social y económico” (art. L. 2315-32 CT; ver Champeaux, F., “La délicate question du vote de l’employeur”, SSL 2006, n° 1251). Igualmente, forman parte del CSE, con voz, pero sin voto, los representantes de las organizaciones sindicales representativas en la empresa. En las empresas de menos de 300 trabajadores, se trata de un delegado sindical de la organización (art. L. 2143-22 CT). En las empresas de al menos 300 trabajadores, cada organización sindical representativa puede designar un representante que no sea delegado sindical (art. L. 2314-2 CT).

⁸⁸ En este sentido, a pesar de ser la única comisión obligatoria contemplada en la ley (se contemplan otras de manera voluntaria), la constitución de una comisión de salud, seguridad y condiciones de trabajo solo es obligatoria en las empresas de más de 300 trabajadores (art. L. 2315-36 y ss. CT, para profundizar, ver Verkindt, P.Y., “Les conditions de travail et la santé au travail dans les ordonnances du 22 septembre 2017: faut-il mouiller son mouchoir?”, DROIT SOCIAL 2018, p. 41.

⁸⁹ Loiseau, G., “Le comité...”, Dr. Soc. 2017, p. 1044.

Es importante precisar que la ordenanza de 2017 aporta dos novedades de calado.

Por una parte, otorga un protagonismo importante a la negociación colectiva⁹⁰ para regular varios aspectos del funcionamiento del CSE. En este sentido, las partes del Código del Trabajo relativas a la consulta e información⁹¹, a la periodicidad de las reuniones obligatorias⁹² y a la instauración de comisiones en el seno del CSE⁹³, se organizan en tres bloques: las reglas legales imperativas (de orden público), el ámbito de la negociación colectiva y las reglas supletorias/subsidiarias⁹⁴.

Por otra parte, marca una ruptura conceptual importante en materia de negociación colectiva. En efecto, si bien no es automático, pues se requiere un acuerdo colectivo mayoritario celebrado con las organizaciones sindicales⁹⁵, se contempla la posibilidad de instaurar un consejo de empresa que desempeñará las funciones del CSE pero que, además, se verá dotado en exclusiva de la capacidad negocial⁹⁶.

En las empresas de estructura compleja, además de la determinación de comités de centro distintos, la ley, desde dos perspectivas, tiene una doble actuación, si bien de alcance distinto.

Desde la perspectiva centralizadora, como se ha apuntado, en virtud del artículo L. 2313-1 CT, en las empresas de al menos 50 trabajadores que disponen de “*al menos dos centros de trabajo distintos*”⁹⁷, se deberá constituir una representación en cada centro de trabajo distinto y una representación central de empresa⁹⁸. El

⁹⁰ Con la representación sindical mediante acuerdo mayoritario o, en su defecto, con el propio CSE.

⁹¹ Sea por lo que se refiere a su contenido como a su periodicidad (art. L. 2312-17 y a L. 2312-58 CT). Ver Sereno, S., “Les accords sur l’information-consultation du comités social et économique”, DROIT SOCIAL, 2019, p. 402.

⁹² Art L. 2315-27 a L. 2315-31 CT.

⁹³ Art. L. 2315-36 a L. 2315-56 CT. Ver VANILS, C., “Le règlement intérieur du comités social et économique”, DROIT SOCIAL, 2019, p. 395.

⁹⁴ SACHS, T., “L’ordre public en droit du travail: une notion dégradée”, REVUE de DROIT du TRAVAIL 2017, p. 585.

⁹⁵ Art. L. 2321-2 CT- El acuerdo ha de cumplir con la regla del párr. 1 del art. L. 2323-12 CT.

⁹⁶ Art. L. 2321-1 y ss. CT. Ver las reflexiones de Ferkane, Y., “Syndicats et négociation collective”, DROIT SOCIAL 2020, p. 123; Loiseau, G., “Le comité...”, Dr. Soc. 2017, p. 1044; Borenfreund, G., “La fusion...”, op. cit., RDT 2017, p. 620 y ss.

⁹⁷ Sobre la posibilidad de constituir comités de centro y un comité central en las empresas con estructura compleja de menos de 50 trabajadores, ver Adam, P., “Entreprises de moins de cinquante salariés, CSE d’établissement et CSE central”, DROIT SOCIAL 2020, p. 956.

⁹⁸ En virtud del artículo L. 2316-4 CT, forman parte del CSE central, el empleador o su representante, un número igual de titulares (como máximo 25) y suplentes (como máximo 25)

CSE central, que tiene personalidad jurídica, ejerce sus atribuciones cuando se trata de cuestiones que afectan a “la marcha general de la empresa y que superan los límites de los poderes de los responsables de centros de trabajo”⁹⁹. Paralelamente, el artículo 1. 2316-20, párr. 1, enuncia que los CSE de centro tienen las mismas atribuciones que el CSE de empresa, dentro de los límites de los poderes atribuidos al responsable del centro considerado.

Desde la perspectiva descentralizadora, cabe hacer mención de los representantes de proximidad¹⁰⁰. Se distinguen de los miembros del CSE central o de los CSE de centros de trabajos, pues intervienen en un ámbito más reducido. En efecto, dado que los centros de trabajo distintos pueden reagrupar a varios centros de trabajo físicos, los representantes de proximidad pueden existir en los centros de trabajo físicos donde no reside el CSE de centro, es decir, en los centros de trabajo incluidos en un centro de trabajo distinto. Sin embargo, la diferencia más sustancial reside en el hecho de que su existencia no es obligatoria, sino que se instauran voluntariamente por acuerdo colectivo que ha de establecer su número, sus atribuciones, sus modalidades de designación y sus reglas de funcionamiento, especialmente la previsión de un crédito de horas¹⁰¹. Se puede tratar de miembros del CSE de centro o de un trabajador designado a tal efecto por los miembros del CSE. En todo caso, estos representantes, pueden existir en una empresa con un único centro de trabajo distinto, pero con varios centros de trabajo físicos.

Para terminar, es importante señalar que el proceso electoral que conduce a la instauración del CSE tiene, como en derecho español, otra finalidad, pues permite medir la audiencia electoral de las organizaciones sindicales que constituye el criterio, no único pero sí decisivo, para reconocer la representatividad sindical.

elegidos en cada centro de trabajo distinto. De manera consultiva, cuando se tratan de cuestiones relativas a la salud, a la seguridad y a las condiciones de trabajo, participan el médico del trabajo, un representante de la inspección de trabajo, agentes de los servicios de prevención de la seguridad social. Igualmente, cuando existen más de tres colegios electorales en uno o varios centros de trabajo distintos, el personal directivo y los ingenieros disponen de espacios reservados (art. L. 2316-5 y 6 CT). Finalmente, cada organización sindical representativa en la empresa designa un representante en el CSE central (art. L.2316-7 CT). El reparto de miembros entre los diferentes centros y colegios es objeto de un acuerdo entre el empleador y las organizaciones sindicales interesadas. Cabe apuntar que las reglas de conclusión de este acuerdo son específicas (se aplican las reglas del protocolo preelectoral). Si no se alcanza un acuerdo, interviene la autoridad administrativa competente en función de la sede de la empresa.

⁹⁹ Art. L. 2316-1 CT.

¹⁰⁰ Art. L. 2313-7 CT.

¹⁰¹ Para profundizar, Jensen, E., “Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner”, JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE (Semaine juridique), édition sociale 2018, 1084; Dabosville, B. “Les représentants de proximité: à la recherche des traits caractéristiques d’une nouvelle figure de représentants du personnel”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2019, p. 387).

Al respecto, al contrario del derecho español, no se toma en consideración el porcentaje de representantes elegidos, sino el porcentaje de votos¹⁰².

Por otra parte, las elecciones profesionales no representan el único proceso electoral tomado en consideración para medir la representatividad sindical. Así, en los ámbitos sectoriales e interprofesional, existen otros procesos electorales¹⁰³. Resulta de especial interés el escrutinio organizado a tal efecto en las empresas de menos de 11 trabajadores, cuya organización corresponde a la Administración cada cuatro años en el ámbito regional¹⁰⁴. Oportuno en su principio, este proceso electoral presenta una tasa de participación muy baja y disfuncionamientos prácticos importantes¹⁰⁵. En ningún caso este proceso electoral puede tener como finalidad o consecuencia la instauración de una instancia de representación de los trabajadores en la empresa, que corresponde a las comisiones paritarias interprofesionales.

En efecto, desde la perspectiva del derecho a la participación de los trabajadores, dado que la obligación legal de constituir un CSE solo existe en las empresas de al menos 11 trabajadores, existen, desde el año 2017, las comisiones paritarias regionales interprofesionales cuyo objetivo consiste en “representar a los trabajadores y a los empleadores de las empresas de menos de once trabajadores”¹⁰⁶.

¹⁰² Art. L. 2121-1 CT. Ver Favennec Hery, F., “La représentativité syndicale”, DROIT SOCIAL 2009, p. 633.

¹⁰³ En el ámbito interprofesional para ser considerado como representativo, un sindicato debe obtener, al menos, el 8% de los votos expresados, adicionando los votos de tres procesos electorales: 1) los votos expresados en la primera vuelta de las últimas elecciones de los comités sociales y económicos; 2) los votos expresados en el escrutinio organizado a tal efecto en las empresas de menos de 11 trabajadores; 3) los votos obtenidos en un proceso electoral específico de determinadas actividades agrícolas (art. L. 2122-9 CT). En el ámbito sectorial, se mantiene el mismo umbral y se adicionan los votos expresados en los dos primeros procesos electorales citados antes, apreciados en el ámbito sectorial (art. L. 2122-5 CT).

En el ámbito empresarial, el sindicato debe obtener, al menos, el 10% de los votos expresados en la primera vuelta de las últimas elecciones de los comités sociales y económicos, en todos los colegios (art. L. 2122-1 CT).

¹⁰⁴ Creado por la Ley n°2010-1215 de 15 de octubre de 2010 *complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* y desarrollado por el Decreto n° 2016-548 de 4 de mayo de 2016 *relatif à la mesure de l'audience des organisations syndicales concernant les entreprises de moins de onze salariés*, se encuentra regulado en el art. L. 2122-10-1 CT y ss. (ver, PETIT, F., “Les scrutins sur sigle dans les très petites entreprises”, DROIT SOCIAL 2012, p. 48; Mazeaud, A., “Les élections dans les TPE: l'absence de courant ascendant, Libres propos”, DROIT SOCIAL 2013, p. 152.

¹⁰⁵ En las elecciones celebradas del 30 de diciembre de 2016 al 13 de enero de 2017, la participación fue del 7,35%, frente al 10,38% en 2012 (“Faible mobilisation pour les élections TPE”, SSL 2017, n° 1756).

¹⁰⁶ Art. L. 23-111-1 CT y art. 2122-10-4 y ss. CT. Tienen como funciones informar a empleadores y trabajadores sobre las disposiciones legales o convencionales aplicables; discutir sobre las problemáticas de las pequeñas empresas; facilitar la resolución de conflictos individuales

5.2. La determinación del centro de trabajo a efectos electorales mediante acuerdo mayoritario

Hasta la ordenanza n° 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017, la determinación de los centros de trabajo distintos era objeto de discusión con ocasión de la elaboración del protocolo preelectoral¹⁰⁷, procedimiento impulsado por el empleador. Hoy en día, contempla exclusivamente cuestiones relativas a la organización técnica de las elecciones. Para su adopción, se requiere una doble mayoría. Debe contar con las firmas de la mayoría de las organizaciones que han participado en su negociación, entre ellas, las organizaciones representativas con mayoría de votos expresados en las últimas elecciones (en ausencia de resultados, la mayoría de las organizaciones representativas en la empresa, art. L. 2314-6 CT).

El empresario, si bien puede ser solicitada por los trabajadores o por los sindicatos, debe informar cada cuatro años de la celebración de elecciones a los trabajadores de la empresa, así como a las organizaciones sindicales presentes en la empresa¹⁰⁸.

La ordenanza de 2017 prevé que el acuerdo que determina la configuración de la empresa en centros de trabajo distintos, su número y ámbito, se ha de realizar, en adelante, a través de un acuerdo específico firmado en el seno de la empresa entre el empresario y las organizaciones sindicales representativas en la empresa¹⁰⁹. Se

o colectivos, si ambas partes lo deciden; y formular propuestas en materia de actividades sociales y culturales (para profundizar, J.Y. Kerbouc'h, "La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015", JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE (Semaine juridique), édition sociale 2015, 1353; Nadal, S., "La représentation universelle des salariés des très petites entreprises: derrière l'ambition annoncée, le minimalisme d'une réforme", REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2015, p. 622; Beroud, S., "Le serpent de mer de la représentation des salariés des TPE", REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2015, p. 584; Morin, M.L., "Le droit à la représentation universelle des salariés des TPE, une traduction singulière du droit à la participation?", REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2015, p. 584).

¹⁰⁷ Art. L. 2314-4 y art. L. 2314-5 CT.

Sobre el protocolo electoral, ver Supiot, A. "Les accords préélectorales", DROIT SOCIAL 1988, p. 115; Borenfreund, G., "Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective", in *Mélanges J. Pelissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 93; Landais C. y otros, "Le nouveau protocole préélectoral", DROIT SOCIAL 2012, p. 1048; Diringier J. y Petit, F., "La négociation préélectorale, une terre mouvante", DROIT SOCIAL 2019, p. 385.

¹⁰⁸ Pueden participar a la elaboración del protocolo las organizaciones sindicales representativas, las organizaciones que están afiliadas a una confederación representativa, las que cuentan con una sección sindical en la empresa y las que satisfacen los criterios de respeto de los valores republicanos y de independencia, que se han constituidos legalmente desde hace más de dos años y que tienen un ámbito funcional y geográfico que corresponde a la empresa considerada.

Art. L. 2314-5 CT.

Art. L. 2314-29 CT

¹⁰⁹ Art. L. 2313-2 CT.

ha de tratar de un acuerdo mayoritario, mayoría que se ha de apreciar según la regla del artículo L. 2232-12 párr. 1, que prevé que la validez del acuerdo queda subordinada a la firma de una o varias organizaciones sindicales representativas que cuenten con más del 50% de los votos expresados a favor de las organizaciones representativas en la primera ronda de las últimas elecciones profesionales, sea cual sea el número de votos.

Si no se alcanza un acuerdo con la representación sindical, el empleador puede negociar con los miembros del CSE. En este caso, el acuerdo ha de ser adoptado por la mayoría de los miembros titulares del CSE¹¹⁰.

Sin lugar a dudas, la intervención de la negociación colectiva permite tomar en cuenta los intereses específicos dentro de la empresa, sin establecer una opción predeterminada, disyuntiva entre centro de trabajo físico o empresa en su globalidad. El centro de trabajo distinto es una noción jurídica, no se refiere al centro de trabajo físico¹¹¹. Así, a priori, todas las opciones están abiertas. El centro de trabajo distinto puede corresponder a cada centro de trabajo físico, a la agrupación de varios, al ámbito global de la empresa, incluso una empresa con un único centro de trabajo podría dividirlo en dos centros de trabajos distintos.

Existe un límite, a semejanza del derecho español. La Corte de casación, previamente a la reforma de 2017, consideraba que no podía reconocerse la existencia de un centro de trabajo distinto en los centros cuyo umbral no permitía la elección de delegados de personal, es decir, en los centros con menos de 11 trabajadores. Ahora bien, a diferencia del derecho español, los trabajadores de este centro debían ser necesariamente vinculados a un centro de trabajo distinto¹¹². Así, se daba cobertura al derecho constitucional de participación, que permite a todos los trabajadores, a través de sus representantes, participar en la determinación colectiva de sus condiciones de trabajo y en la gestión de la empresa. Nada hacer pensar que la jurisprudencia cambie con el CSE. Así, existe un gran margen de maniobra para abordar la realidad organizativa y productiva de la empresa, sin dejar atrás trabajadores de una misma empresa, pero de centros de trabajo que, por su tamaño, no pueden contar con representación de los trabajadores.

5.3. La intervención patronal, administrativa y judicial en caso de desacuerdo

Si el proceso negocial no permite alcanzar un acuerdo, la ley prevé que corresponde al empleador fijar de manera unilateral el número y perímetro de los

¹¹⁰ Art. L. 2313-3 CT.

¹¹¹ Según el instituto nacional de estadísticas y de estudios económicos (INSEE).

¹¹² Cass. Soc 7 de diciembre de 2016 n°14-27.232.

centros de trabajo¹¹³. Ahora bien, la Corte de casación precisa que el empleador puede tomar unilateralmente su decisión siempre y cuando haya “un intento leal de negociación”¹¹⁴.

Por otra parte, según los documentos del Ministerio de Trabajo, esta decisión solo se impone para un mandato electoral, por lo que el empleador deberá convocar cada cuatro años una negociación a efectos de configurar la estructura de la empresa¹¹⁵.

Cabe afirmar que la decisión unilateral del empleador intervendrá en otro supuesto. En efecto, si se trata del primer proceso electoral, no existen ni organizaciones representativas¹¹⁶, ni CSE con quien el empleador pueda negociar, por lo que le corresponderá determinar la configuración de la empresa.

Esta decisión unilateral del empleador es susceptible de impugnación, previsible dado que se adopta en el marco de un desacuerdo con las organizaciones sindicales. En este momento, interviene la autoridad administrativa para fijar el número y el perímetro de los centros de trabajo¹¹⁷.

Se ha de señalar que la decisión unilateral siempre se puede impugnar ante la autoridad laboral, incluso si no hay organizaciones sindicales representativas o CSE. En efecto, además de las organizaciones sindicales representativas o del CSE, según el caso, los sindicatos que disponen de una sección sindical en la empresa pueden impugnarla en un plazo de 15 días¹¹⁸.

Finalmente, la decisión administrativa es susceptible, a su vez, de impugnación ante el juez judicial¹¹⁹, que deberá pronunciarse sobre la legalidad, externa e interna, de la decisión administrativa. Si confirma la decisión administrativa, se aplicará. En caso de anulación, el juez deberá proceder a la determinación del número y del ámbito de los centros de trabajo distintos.

¹¹³ Art. L. 2313-4 CT.

¹¹⁴ Cas. Soc., 17 de abril de 2019, n°18-22.948, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2019, p. 589, obs. Nicod, C., que señala, con acierto, que ello pasa especialmente por la transmisión a los representantes de los trabajadores de la información necesaria para conocer el alcance de la autonomía de los responsables de centro y negociar en conocimiento de causa.

¹¹⁵ Comité Social et Economique, 117 questions-réponses
Disponibile en <https://travail-emploi.gouv.fr/dialogue-social/le-comite-social-et-economique/>

¹¹⁶ Si se trata de la instauración por primera vez de la representación de los trabajadores, no existen organizaciones representativas, dado que el criterio de la audiencia electoral, medida también respecto de estas elecciones, es imposible por no disponer de resultados.

¹¹⁷ Art. L. 2313-5 CT.

¹¹⁸ Art. R. 2313-1, al. 3 y R. 2313-4, al. 3 CT.

¹¹⁹ Art. L. 2313-5 CT.

En este marco, resulta trascendental los elementos definitorios que la ley contempla a la hora de apreciar la existencia de centros de trabajo distintos.

Antes de abordarlos, cabe precisar que, hasta la ordenanza n° 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017, la noción de centro de trabajo distinto no era objeto de regulación en el Código de trabajo, lo que proporcionó un papel muy relevante a la jurisprudencia. Al respecto, resulta llamativo que la jurisdicción administrativa era competente cuando se trataba de delimitar el centro de trabajo en relación con la constitución de un comité de empresa y la jurisdicción judicial cuando se trataba de la elección de delegados del personal¹²⁰. Esta duplicidad condujo a la adopción de definiciones distintas según el órgano de que se trataba.

Respecto al comité de empresa, en una sentencia de 1973, el Consejo de Estado estableció tres criterios para reconocer un centro de trabajo¹²¹: una implantación geográfica distinta, la estabilidad de la estructura y la autonomía del centro. Este último criterio se convirtió en el criterio decisivo y se declinaba en dos vertientes: una autonomía en la ejecución del servicio, es decir, en materia contable, bancaria, presupuestaria y de inversión, y una autonomía en materia de gestión del personal, es decir, en materia de contratación, de promoción, sanción y extinción de los contratos de trabajo.

Cuando se trataba de la elección de delegados del personal, para la Corte de Casación, el centro de trabajo distinto se reconocía “*cuando exista un grupo de al menos once trabajadores que constituye una comunidad de trabajo con intereses propios, susceptibles de generar reclamaciones comunes y específicas, y que trabaja bajo la dirección de un representante del empleado, independientemente de su poder de pronunciarse sobre ellas*”¹²². En este último caso, resultaba decisiva la existencia de una colectividad de trabajadores con intereses comunes y la mera presencia de un representante del empleador sin necesidad de que tuviera una importante capacidad de decisión o de gestión. Se fomentaba con fuerza la intermediación entre representantes y representados.

Ahora bien, la ordenanza de 2017 neutraliza la jurisprudencia anterior que contemplaba dos definiciones del centro de trabajo en función del tipo de representación de que se trataba, y establece elementos de apreciación de la existencia de centros de trabajo. Así, en virtud del artículo L. 2313-4 CT, existirá centros de trabajo dada “la autonomía de gestión del responsable del centro, especialmente en materia de gestión del personal”. Este criterio se impone al

¹²⁰ También era competente la jurisdicción judicial para apreciar el ámbito de designación del delegado sindical.

¹²¹ Arrêt Wagons-lits Cons. Etat 29 de junio de 1973, n° 77982, DROIT SOCIAL 1974, p. 42, obs. Savatier, J. ; concl. Questiaux, N.; Cons. Etat 5 de junio de 2002, *RJS*, 1/03, n°53.

¹²² Cass. Soc. 29 de enero de 2003, n° 01-60.628 DROIT SOCIAL 2003, p. 453, obs. Savatier, J. y RECUEIL DALLOZ, 2004, somm. comm. p. 99, obs. Desbarats, I.

empleador a la hora de determinar unilateralmente la distribución de la empresa en centros de trabajo distintos, pero no a los procesos negociales. Dicho de otro modo, la autonomía colectiva no tiene límite a la hora de configurar la empresa en centros de trabajo distintos.

Indubitablemente, esta definición se inspira de la definición del Consejo de Estado en materia de creación de comité de empresa en los centros de al menos 50 trabajadores¹²³, mediante la consagración legal de la autonomía de gestión del responsable de centro como criterio fundamental. Sin embargo, no se hace referencia al criterio geográfico, ni a la estabilidad de la estructura, ni a la existencia de una comunidad de intereses. Por otra parte, respecto a la autonomía de gestión del responsable de centro, solo hacer referencia a la autonomía en la gestión del personal sin hacer mención expresa a la autonomía en la ejecución del servicio.

Respecto a ello, la jurisprudencia ha tenido ocasión de afinar el contenido de la autonomía de gestión del responsable del centro y, aprovechando la presencia del adverbio “especialmente” del artículo 2313-4 CT, ha podido recurrir a otros criterios que la autonomía del responsable del centro en materia de gestión del personal.

En una primera sentencia de 2018, la Corte de casación considera que se ha de tratar de una “autonomía suficiente por lo que se refiere a la gestión del personal y a la ejecución del servicio”, lo que se aprecia, “en particular, respecto al alcance de las delegaciones de competencia de su responsable”¹²⁴. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte de casación se refiere, de nuevo, a la autonomía en la ejecución del servicio. Así, se contemplan dos aspectos al poder de gestión del responsable de centro: un aspecto de gestión del personal y un aspecto de gestión económica. Al contrario, parece no tener especial relevancia la proximidad entre representantes y representados. *Pues bien, en este marco, considerando que el responsable de centro preside las reuniones con los representantes de los trabajadores, si los hubiese anteriormente, organiza la actividad y las funciones de los trabajadores, propone sanciones que se adoptan definitivamente a nivel central*¹²⁵, *gestiona las funciones, la carrera y formación de los trabajadores del centro y maneja la ejecución del presupuesto elaborado en los ámbitos nacionales*

¹²³ En el mismo sentido, Pagnerre. Y. y Jeansen, E., “La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2018, p. 318, p. 358, Favennec-Héry, F., “Le comité social et économique : une instance à construire”, SEMAINE SOCIALE LAMY 2017, n° 1790.

¹²⁴ Cass. soc., 19 de diciembre de 2018, n° 18-23.655, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2019, p. 119, obs. Wolmark, C.

¹²⁵ Las competencias del responsable del centro se limitaban a garantizar el respeto del reglamento interior, pronunciar amonestaciones en caso de infracciones leves (las sanciones más graves se imponen por la sede de la empresa).

y regionales¹²⁶, los jueces realizan una interpretación muy restrictiva y exigente y afirman que no existe autonomía suficiente para reconocer un centro de trabajo distinto. En definitiva, la Corte de casación se orienta hacia una apreciación de los poderes reales y efectivos del responsable del centro que no han de corresponder a un poder de propuesta o de ejecución sino a un poder de decisión.

En una sentencia posterior de finales de 2019¹²⁷, la Corte de casación suaviza y matiza su interpretación afirmando que la centralización de los servicios de soporte (servicios de recursos humanos, administrativos, financieros, etc.) o la existencia de procedimientos de gestión definidos en la sede de la empresa no conducen a excluir de forma automática la autonomía de gestión del responsable del centro. Por otra parte, los jueces señalan la existencia de delegaciones de poderes en varias materias¹²⁸ y la celebración de acuerdos colectivos de centros de trabajo. Así, no se exige que la autonomía de gestión se equipare a una independencia absoluta de los responsables del centro respecto a la dirección central de la empresa. En este sentido, remite a los jueces de instancia la apreciación soberana de los elementos que pueden caracterizar la existencia de un centro de trabajo distinto, elementos que han de ser apreciados en función de un conjunto de indicios que convergen hacia la existencia de una autonomía suficiente.

En otra sentencia de principios de 2020, la Corte de casación sigue matizando su posición y admite que, el reparto de competencias en materia presupuestaria¹²⁹ y de gestión de personal¹³⁰ entre el centro de trabajo y la sede de la empresa, no impide el reconocimiento de centro de trabajo distinto¹³¹. Igualmente, da importancia a la

¹²⁶ Disponía de cierto margen de actuación en materia de política de compras.

¹²⁷ Cass. Soc. 11 de diciembre de 2019, F-P+B, n° 19-17.298. Ver Signoretto, F., “Etablissements distincts et mise en place d’un CSE : Le débat est relancé”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2020, p. 133.

¹²⁸ El responsable de centro tenía como funciones supervisar el centro de trabajo en materia de seguridad de los bienes y personas, de gestión económica y financiera, debía realizar el seguimiento de las relaciones individuales, tomar cualquier sanción en caso de incumplimiento de las reglas de seguridad, velar al respeto del tiempo de trabajo, realizar la previsión de los medios materiales y humanos necesarios al cumplimiento de los objetivos, así como los gastos imperativos inherentes al cumplimiento de la reglamentación, y asegurar la gestión de las relaciones sociales con los representantes de los trabajadores.

¹²⁹ En este asunto, cada centro de trabajo disponía de un presupuesto específico fijado por la sede de la empresa a propuesta del responsable del centro que participaba en la elaboración de los presupuestos de funcionamiento y de inversión con la sede.

¹³⁰ Por un lado, la sede de la empresa realizaba las contrataciones y pronunciaba las sanciones graves. El responsable de centro aseguraba la gestión del personal, velaba al respecto del reglamento interior, conducía las entrevistas individuales, podía pronunciar sanciones leves y era el interlocutor de la representación de los trabajadores.

¹³¹ Cass. Soc. 22 de enero de 2020, n° 19-12.011, DROIT SOCIAL 2020, p. 281, obs. Petit, F. y Signoretto, F., “Définition de l’établissement distinct pour la mise en place d’un CSE : le débat est clos”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2020, p. 558.

implantación geográfica distinta que, sin ser criterio decisivo, no deja de tener un papel a jugar en una apreciación global de las circunstancias de hecho. Por otra parte, aporta una precisión muy relevante en el terreno de la prueba. En efecto, considera que la autoridad administrativa y los jueces de instancia han de tomar en consideración “los documentos relativos a la organización interna de la empresa proporcionados por el empleador”, así como “por las organizaciones sindicales para apoyar la impugnación de la decisión unilateral del empresario”. Hay que saludar esta adaptación de la carga de la prueba, pues las organizaciones sindicales no disponen a menudo de toda la información pertinente. Así, el empleador habrá de justificar su decisión y aportar elementos fácticos que fundamentan su decisión. Dicho de otro, tendrá que adoptar una posición activa y no podrá esconderse tras las dificultades probatorias de las organizaciones sindicales recurrentes.

En una última sentencia de julio de 2020, los jueces niegan la calidad de centro de trabajo distinto a un centro en el cual la delegación de poder de los responsables de centro se refiere únicamente a la gestión individual del personal, sin atribuciones en materia de contratación¹³² o con atribuciones limitadas en materia disciplinaria¹³³. Así, los jueces, considerando que “la contratación y los procedimientos disciplinarios son de la competencia de los servicios de recursos humanos regionales o nacionales, no existe en el ámbito de las tiendas una autonomía suficiente por lo que se refiere a la gestión del personal para reconocer que cada tienda constituye un centro de trabajo distinto”¹³⁴.

Por otra parte, esta sentencia sienta la base de otra cuestión, relativa al momento de la apreciación de los elementos fácticos. En efecto, los jueces afirman que, si consideran ilegal la decisión administrativa, deben pronunciarse en función de las circunstancias de hecho en la fecha en la cual se han de pronunciar, permitiendo, por lo tanto, la toma en consideración de cambios empresariales operados tras la decisión unilateral del empresario impugnada e, incluso, tras la decisión administrativa.

En definitiva, la “autonomía suficiente” a la cual se refiere la Corte de casación no se limita a la cuestión de la gestión del personal, si bien representa una variable muy importante y central. Así, se han de tomar en consideración otros factores, económicos y financieros, para apreciar el alcance de la autonomía del responsable de centro. El adjetivo “suficiente” implica, por otra parte, excluir una interpretación restrictiva que conduciría a exigir una autonomía total en la toma de decisión¹³⁵. Por lo tanto, conviene contemplar todas las circunstancias

¹³² El responsable del centro se cantona a formular propuesta de contratación.

¹³³ Los responsables de centro solo podían pronunciar amonestaciones.

¹³⁴ Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 19-11. 918.

¹³⁵ Un autor distingue la toma de decisión y su puesta en marcha, otorgando importancia a la autonomía del responsable del centro en esta última (Wolmark, C., obs. sous Cass. soc., 19 de diciembre de 2018, n° 18-23.655, RDT 2019, p. 120).

fácticas, todos los indicios convergentes o no para determinar la existencia de centro de trabajo distinto. En este sentido, la Corte de casación opta por dejar un margen de interpretación importante a los jueces de instancia permitiendo así una apreciación casuística acorde con la realidad de cada empresa.

En todo caso, si, como lo resalta la propia Corte de casación, resulta importante que el CSE de centro pueda funcionar de forma adecuada¹³⁶, es deseable que la apreciación del centro de trabajo distinto tome en cuenta el número de trabajadores afectados, puesto que las competencias del CSE de centro varían en función de si el centro alcanza los 50 trabajadores¹³⁷. Dicho de otro modo, se trata de encontrar un equilibrio entre, por un lado, la deseable intermediación entre representantes y representados y, por otro lado, la presencia de un interlocutor patronal capaz de responder a las prerrogativas del CSE. La ley parece haberse dirigido más hacia la segunda exigencia, facilitando el reconocimiento de centro de trabajo y, por ende, la constitución de un CSE, en centros de trabajo de dimensión relativamente importante, donde se encuentra el poder de decisión. Dicho de otro modo, no se refiere a la existencia de una colectividad de trabajadores que puede tener intereses propios y colectivos por defender. Sin lugar a dudas, esta opción legal coloca al empleador en una posición de fuerza, pues le permitirá organizar la estructura de la empresa en función del alcance de la delegación de poderes que decide atribuir a los responsables de cada centro. En este sentido, hay que saludar la jurisprudencia de la Corte de casación que abre la puerta a más flexibilidad, permitiendo una interpretación, caso por caso, de los elementos fácticos propios de cada realidad empresarial.

5.4. Descentralización productiva y digitalización

No se trata de abordar aquí la regulación legal del fenómeno de descentralización productiva, especialmente a través de contrata, sino de poner de relieve como se toman en consideración los trabajadores de la empresa auxiliar¹³⁸.

¹³⁶ La autonomía de decisión del responsable de centro debe permitir “el funcionamiento normal de los comités de centro” (nota explicativa a Cass. Soc. 19 de diciembre de 2018. Disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_40938.html)

¹³⁷ En este sentido, ver Signoretto, F., “Plaidoyer pour une évolution de la notion d’établissement distinct”, REVUE DE DROIT DU TRAVAIL 2018, p. 337.

¹³⁸ Sobre las obligaciones en materia de salud y seguridad, ver art. L. 4231-1 y L. 8281-1 CT. Sobre las obligaciones y responsabilidad económica, ver art. L. 3245-2 CT. Igualmente, se prevé, para las grandes empresas que recurren a la contrata, la obligación de establecer un plan de vigilancia para controlar que las empresas contratistas respetan los derechos fundamentales y de las reglas en materia de seguridad (art. L. 225-102-4 del Código de Comercio).

El derecho francés se refiere a “los trabajadores puestos a disposición”¹³⁹ y contempla su inclusión en los efectivos de la empresa principal, así como su participación en sus procesos electorales. Por lo que nos interesa, la noción de trabajadores puestos a disposición, inicialmente contemplada para los supuestos de cesión legal de trabajadores¹⁴⁰, se refiere también, desde la ley de 20 de agosto de 2008, a los trabajadores de las empresas contratistas¹⁴¹.

A ello alude el Consejo constitucional cuando afirma que, en virtud del principio de participación, la ley debe prever la participación de los trabajadores puestos a disposición, siempre y cuando formen parte “de manera estrecha y permanente de la comunidad de trabajo”, a las elecciones profesionales¹⁴².

Aportar una definición del término “comunidad de trabajo” no resulta tarea fácil¹⁴³. Para el Consejo constitucional supone una integración “estrecha y permanente”¹⁴⁴. En el artículo L. 2143-3 CT relativo a la designación de los delegados sindicales, cuyo régimen jurídico es muy distinto al español, la comunidad de trabajo implica la existencia de intereses que le son propios y que son susceptibles de generar reivindicaciones comunes y específicas.

Pues bien, en realidad, no resulta conveniente proponer una definición intangible y definitiva de la “comunidad de trabajo” que, por esencia, ha de ser adaptable a la heterogeneidad de las estructuras empresariales y de su funcionamiento¹⁴⁵. En todo caso, parece existir un consenso para que se aprecie

¹³⁹ La puesta a disposición se puede definir como la operación a través de la cual el empleador pone a un trabajador al servicio de otra empresa, sin modificación del contrato de trabajo de origen (ver Vatinet, R., “La mise à disposition de salariés”, DROIT SOCIAL 2011, p. 656 y Kerbourc’h, J.Y., “Qu’est-ce qu’une mise à disposition de personnel ?”, DROIT SOCIAL 2009, p. 530).

¹⁴⁰ Así, además de trabajadores de empresas auxiliares, se trata de trabajadores en el marco de la cesión legal no lucrativa de trabajadores de derecho común (art. L. 8241-2), de trabajadores contratados por una agrupación de empleadores (art. L. 1253-1) o de trabajadores de empresas de trabajo a tiempo compartido (art. 1252-1).

¹⁴¹ Sin embargo, se excluyen los trabajadores de empresa de trabajo temporal que tienen reglas propias.

¹⁴² Cons. const. 28 de diciembre de 2006, n° 2006-545 DC y Cons. const. 7 de agosto de 2008, n° 2008-568 DC.

¹⁴³ Sargos, P., La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l’entreprise. Rapport annuel de la Cour de Cassation », La Documentation française, 2004, p. 97-102.

¹⁴⁴ Cons. const. 28 de diciembre de 2006, n° 2006-545 DC.

¹⁴⁵ Denis, J.M., “Asseoir la représentation sur la communauté de travail. À la recherche de la communauté perdue dans la branche de la propreté”, SOCIOLOGIE DU TRAVAIL, vol. 60, 1/2018. Disponible en <https://journals.openedition.org/sdt/1748#bodyftn11>

desde el prisma de la representación de los trabajadores e, in fine, desde el derecho a la participación de los trabajadores reconocido constitucionalmente¹⁴⁶.

Ahora bien, si la ley no define como tal la “comunidad de trabajo”, establece dos criterios para poder formar parte de ella: la presencia y la duración. Así, para el cálculo de la plantilla de la empresa¹⁴⁷ o para la participación en las elecciones profesionales¹⁴⁸, los trabajadores puestos a disposición deben desempeñar su actividad en los locales de la empresa usuaria y deben hacerlo desde al menos doce meses consecutivos.

Por lo que se refiere a la participación en las elecciones de los miembros del CSE, la participación en los procesos electorales en la empresa usuaria no se erige en obligación. En efecto, los trabajadores pueden optar por participar en una de las empresas (la usuaria o su empresa formal). En todo caso, no pueden votar en ambas empresas, sino que han de elegir en cuál de las dos empresas desean expresar su voto¹⁴⁹, y tampoco disponen del derecho de sufragio pasivo en la empresa usuaria¹⁵⁰.

Finalmente, se prevé que las atribuciones de la delegación del personal en el CSE se ejerzan a favor de “los trabajadores de empresas exteriores que, en el ejercicio de su actividad, no se encuentran bajo la subordinación directa de la empresa usuaria”, por lo que se refiere a “sus reclamaciones individuales y colectivas relativas a las condiciones de ejecución del trabajo que son de la competencia del responsable del centro usuario”¹⁵¹.

Al margen de ello, cabe señalar que el Código de Trabajo contempla, además del CSE de grupos, otros supuestos en los cuales la representación de los trabajadores se constituye en un ámbito superior a la empresa.

En primer lugar, existe la posibilidad de constituir un CSE interempresas, “cuando la naturaleza y la importancia de los problemas comunes a las empresas de un mismo sitio o de una misma zona lo justifican”¹⁵². De nuevo, se remite a la negociación colectiva la constitución de este comité que ha de ser instaurado por

¹⁴⁶ Sargos, P., La recherche de la vérité de..., op. cit., p. 97 y Kerbourc’h, J.Y., “Qu’est-ce qu’une...”, op. cit., DROIT SOCIAL 2009, p. 530.

¹⁴⁷ Art. L. 1111-2 CT. Sin embargo, no entran en el cálculo si sustituyen a un trabajador ausente o que tiene su contrato de trabajo suspendido.

¹⁴⁸ Art. L. 2314-23 CT.

¹⁴⁹ Cabe precisar que el hecho de que el trabajador decida votar en su empresa (empresa auxiliar) no impide que deba ser tomado en consideración en materia del cómputo de los efectivos de la empresa principal, si cumple las exigencias a tal efecto (Cass. Soc. 19 de enero de 2011, nº 10-60.296, Lexbase Hebdo, ed. Soc. nº 426, note Tournaux, S.).

¹⁵⁰ Art. L. 2314-23 CT.

¹⁵¹ Art. L. 2312-6-2ºCT y art. L. 2312-8 *in fine* CT.

¹⁵² Art. L.2313-9 CT. El ejemplo más claro puede un centro commercial.

acuerdo colectivo interempresas, celebrado entre los empleadores de las empresas del sitio o de la zona considerada y las organizaciones sindicales representativas en el ámbito interprofesional o en el ámbito provincial. Este acuerdo ha de definir el número de miembros de la delegación del personal, sus modalidades de elección o designación, las atribuciones del comité y sus modalidades de funcionamiento. Este comité se puede crear independientemente de la existencia de comités propios a cada empresa. En este caso, se puede contemplar, en el acuerdo que instaura el comité interempresas, la presencia de un representante de los trabajadores de los diferentes comités de centro.

En segundo lugar, se ha de hacer mención al CSE de la Unidad Económica y Social (en adelante UES)¹⁵³. Desde el año 1982, se ha considerado que empresas jurídicamente diferentes, pero que tienen una concentración del poder dirección y que presentan una comunidad de intereses, han de ser considerados como una UES, lo que las convierte en una sola empresa a efectos de aplicar las reglas legales relativas a la representación de los trabajadores¹⁵⁴.

En tercer lugar, existía en las redes de franquicia una representación de los trabajadores específica¹⁵⁵ que se ha sido suprimida a hurtadillas en la recta final de la aprobación de la ley de ratificación de las Ordenanzas de 2017¹⁵⁶.

6. CONCLUSIÓN

Siguiendo la secuencia del derecho francés y de acuerdo con el sentido de las propuestas de reformas españolas, parece que la negociación colectiva sea el cauce idóneo para la determinación de las unidades electorales en las empresas de estructura compleja o, como quiera, de los centros de trabajo a efectos electorales. En efecto, la determinación de las unidades electorales debe desprenderse del concepto de trabajo del artículo 1.5 ET o, al menos, poder tener una entidad propia.

¹⁵³ Art. L. 2313-8 CT.

¹⁵⁴ Nasom-Tissandier, H., “UES et “personnalités juridiquement distinctes”: un assouplissement de la jurisprudence dans les groups de sociétés”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL* 2019, p. 51 y Ranc, S. y Pagnerre, Y., “La prise en compte de la variété des organisations productives: faut-il redéfinir l’unité économique et sociale?”, *REVUE DE DROIT DU TRAVAIL* 2019, Contreverse, p. 81.

¹⁵⁵ Introducida por el artículo 64 de la ley nº 2016-1088 de 8 agosto de 2016, esta instancia se constituía mediante acuerdo colectivo en las redes de franquicia de más de 300 trabajadores (Kerbouc’h, J.Y., “La réforme des institutions représentatives du personnel et du droit syndical”, *JURIS-CLASSEUR PERIODIQUE* (Semaine juridique), édition sociale 2016, 1303). Se regulaba por el decreto nº 2017-773 du 4 mai 2017 relatif à l’instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d’exploitants d’au moins trois cents salariés en France liés par un contrat de franchise.

¹⁵⁶ Ver Bernaud, V., “Le Conseil constitutionnel valide pour l’essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail”, *DROIT SOCIAL* 2018, p. 495.

Tanto el concepto de centro de trabajo, como el diálogo entre empresa y centro de trabajo, resultan proteiformes, debiendo acordarse con finalidades normativas distintas. En este sentido, el derecho francés se refiere al “centro de trabajo distinto”.

En este punto, se ha de formular la primera pregunta: ¿deben participar en la negociación todos los sindicatos susceptibles de presentarse a las elecciones o solo las organizaciones sindicales representativas? Sobre esta cuestión, parece oportuno mantener la participación de las organizaciones representativas, para garantizar la seguridad jurídica del proceso de configuración de la empresa a efectos electorales. En este caso, ¿deben ser representativas en la empresa o en el sector? La intervención de las organizaciones representativas en el sector tendría la ventaja de permitir una negociación con ocasión del primer proceso electoral en una empresa o centro de trabajo. Sin embargo, puede plantear dudas respecto a la capacidad de las organizaciones sindicales para comprender y tomar en cuenta las condiciones particulares de cada empresa.

A continuación, cabe preguntarse si la negociación colectiva debe tener límites a la hora de determinar las unidades electorales. El derecho francés responde de forma negativa, sin perjuicio de hacer obligatoria la constitución de varios órganos de representación que deriva de ello.

Una respuesta afirmativa conduce a un supuesto similar al de la ausencia de acuerdo colectivo, es decir, conduce a una intervención de la ley.

El derecho francés remite la determinación de los centros de trabajo-unidades electorales a la decisión unilateral del empleador, a la vez que establece un criterio que permite reconocer un centro de trabajo-unidad electoral y que se impone al empleador. A partir de ahí, se pone en marcha mecanismos de impugnación que requieren la intervención de la administración laboral y de los tribunales judiciales, a quienes corresponde en última instancia determinar los centros de trabajo-unidad electoral.

El criterio adoptado se refiere a la “autonomía de gestión del responsable del centro, especialmente en materia de gestión personal”. Se excluye, por lo tanto, la fijación de una alternativa estricta entre centro de trabajo o empresa en su globalidad y se presta una particular atención al reparto de poder y a las condiciones de ejercicio de ese poder. Esta solución permite, sin lugar a dudas, una respuesta más acorde con las distintas realidades de las estructuras empresariales, pero tiene el defecto de proporcionar cierta inseguridad jurídica.

En todo caso, ante una empresa con una estructura compleja, parece razonable y coherente abogar por una representación de los trabajadores con estructura compleja. Así, además de la configuración de la empresa en unidades electorales, resulta necesario la instauración de canales de representación tanto en la cercanía del poder de decisión empresarial (comité intercentro) como en la cercanía de los trabajadores (“representante de proximidad” en referencia a la terminología

francesa). En este sentido, se garantizaría dos exigencias fundamentales a la hora de configurar la representación de los trabajadores, exigencias que no han de ser antinómicas: el principio de intermediación y la participación en la gestión empresarial.

Esta opción parece conforme con el espíritu del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la directiva 2002/14 CE de 11 de marzo y su artículo 4.4 b) referido al principio según el cual la información-consulta de los representantes de los trabajadores debe desarrollarse en los niveles adecuados, es decir, en “el nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado”.

Con algo más de perspectiva y volviendo al derecho español, los problemas inherentes a la determinación del centro de trabajo impactan sobre una cuestión tan trascendental como la medición de la representatividad sindical. En este sentido, parece paradójico que la jurisprudencia del TS excluya a un número considerable de trabajadores de esta medición, alegando el carácter imperativo de las reglas del Título II ET debido, justamente, a su relación con la representatividad sindical.

Cabe traer a colación dos cuestiones directamente conectadas. Por una parte, independientemente de fijar como unidad electoral básica la empresa, parece necesario abandonar la medición de la audiencia electoral a través del porcentaje de representantes electos y escoger el porcentaje de votos obtenidos. En efecto, desconectaría totalmente las reglas relativas al proceso electoral en cuanto al reparto de representantes o a la constitución de la representación de los trabajadores. Así, se consagraría la asociación una persona- un voto para la medición de la representatividad sindical, sin importar cómo se compute ese voto a efectos de constituir la representación de los trabajadores en la empresa. En este marco, perdería su sentido la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo que podría ser guiado, en adelante, por la mera voluntad de permitir a un máximo de trabajadores poder participar en un proceso electoral.

Por otra parte, de manera general, no parece satisfactoria la exclusión de los trabajadores de las pequeñas empresas- cuando son las que constituyen la inmensa mayoría del tejido productivo español- del proceso de medición de la representatividad sindical. Incluso, podría ser muy beneficioso que la representatividad sindical se asiente en un cuerpo electoral más amplio para mayor legitimidad, si bien podría implicar un baño de realidad a las grandes centrales sindicales. En todo caso, el proceso electoral francés, en las pequeñas empresas a efectos de medir la representatividad sindical, demuestra que se trata de una cuestión compleja y difícil de poner en práctica.

Finalmente, dos últimas consideraciones en relación con el fenómeno de descentralización productiva y con la democratización de las nuevas tecnologías.

De forma previa, resulta patente que ambas cuestiones han demostrado la ineficacia o inadecuación del criterio geográfico como criterio determinante del reconocimiento de centro de trabajo.

La democratización de las nuevas tecnologías se aborda muchas veces como un elemento perturbador y perjudicial a los derechos de los trabajadores. Sin duda, plantea problemáticas para nada desdeñables, especialmente en cuanto a la representación colectiva de los trabajadores. Sin embargo, una vez constituidos los órganos de representación, las nuevas tecnologías representan una fantástica oportunidad de crear vías de comunicación fluida y constante entre representantes y representados. Sobre este punto, mucho queda por hacer, tanto en el plano legal como en el plano sindical.

Respecto a la descentralización productiva, se ha puesto de relieve como se hace necesario integrar a los trabajadores de la empresa contratista que desempeñan su actividad en los locales de la empresa principal, en la vida colectiva de esta última. Al respecto, si bien caracterizada por mucha indeterminación, la noción de “comunidad de trabajo” del derecho francés produce un cierto interés, dando cuenta de una realidad práctica, que no es otra que la influencia de la empresa principal sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa auxiliar.

En todo caso, este concepto de “comunidad de trabajo” podría representar una alternativa al criterio de la autonomía del responsable del centro de trabajo o a su autonomía técnica y organizativa. En vez de contemplar la constitución de centros de trabajo desde la perspectiva empresarial, se tomaría como referencia los intereses de una colectividad de trabajadores. Ahora bien, no cabe olvidar la representación sindical. Así, por su libertad de autoconfiguración, podría ser la más capaz de representar esta comunidad de trabajo. En este marco, tomaría todo su sentido la preferencia legal que se reconoce a las secciones sindicales para llevar a cabo la negociación de un convenio colectivo.

TRABAJO A DISTANCIA Y DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA*

VANESSA CORDERO GORDILLO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social*

Universitat de València

EXTRACTO

Palabras clave: trabajo a distancia; teletrabajo;
representantes de los trabajadores

El importante incremento del número de teletrabajadores en el contexto de la pandemia causada por la COVID-19 puso de manifiesto las carencias e insuficiencias de la regulación del trabajo a distancia en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual se ha aprobado una norma específica en esta materia, el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Partiendo de estas premisas, el objetivo de este trabajo es abordar el estudio de los derechos de representación colectiva de los trabajadores a distancia en el RD-Ley 28/2020, una cuestión que, aun cuando cuenta con una regulación más detallada que en la normativa precedente, sigue planteando diversos problemas, algunos de las cuales no son sino el reflejo del carácter obsoleto del Título II del ET en algunos aspectos, siendo necesaria una actualización acorde a las nuevas realidades empresariales y formas de prestación de servicios surgidas en las últimas décadas. Así, en un primer momento, nos referiremos a las previsiones que, sobre esta materia, contenía la regulación anterior al RD-Ley 28/2020, para, en un segundo momento, centrarnos en lo que dispone esta última norma, resaltando los aspectos novedosos y las carencias que, a nuestro juicio, sigue presentando la normativa a este respecto.

ABSTRACT

Keywords: distance working; telework;
workers' representatives

The important increase of the number of teleworkers in the context of the pandemic caused by the COVID-19 has brought to light the lacks and insufficiencies of the regulation of distance working in our legal system. For this reason, a specific rule on this topic has been approved, the RD-Law 28/2020, 22 September, of distance working. From these premises, the aim of this work is to deal with collective representation rights of distance workers in the RD-Law 28/2020. Although this issue has a more detailed regulation than in the previous legislation, it continues to pose diverse problems, some of which are not but the reflection of the obsolete character of the Title II of the ET in some aspects, being necessary its update to the new business realities and forms of provision of services arisen in the last decades. Thus, firstly, we will refer to the provisions that, on this matter, were contained in the legislation prior to the RD-Law 28/2020, and, secondly, we will focus on this last rule, highlighting the new aspects and the lacks that, from our point of view, it continues to have in this regard.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO
3. LA REGULACIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
4. LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA EN EL RD-LEY 28/2020
5. VALORACIÓN CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo a distancia y, dentro del mismo, el teletrabajo, no es un fenómeno nuevo, si bien en los últimos meses ha adquirido un protagonismo inusitado en el contexto de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2. En efecto, durante el primer estado de alarma, decretado por RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, e incluso con posterioridad, se erigió como una herramienta fundamental para la continuidad de la actividad en muchas empresas, pero permaneciendo los trabajadores en sus domicilios, como premisa necesaria para frenar la propagación de la enfermedad. De este modo, el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, otorgó carácter preferente al trabajo a distancia, “debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”, las cuales debían “ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad” (art. 5).

Esta preferencia por el trabajo a distancia se mantuvo en vigor “durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la Disposición Final 1.17 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo” (art. 15 RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo), de tal manera que su vigencia se extendió durante los dos meses posteriores al cumplimiento de un mes desde la finalización del estado de alarma¹ o, en términos más simples, durante los tres meses posteriores a la terminación del estado de alarma. Ahora bien, el RD-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con una fórmula más laxa, y referida exclusivamente al teletrabajo, establece que se deberán “Adoptar medidas para (...) la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible” (art. 7.1.e). Esta previsión resultará aplicable “hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de

¹ 00:00 horas del 21 de junio de 2020.

Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19” (art. 2.3), disposición que se ha mantenido inalterada tras la declaración del segundo estado de alarma por RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Evidentemente, en este contexto, el número de personas que han desarrollado su trabajo a distancia ha crecido de manera exponencial², y ello motivó que se pusieran de manifiesto con especial intensidad las carencias de la regulación del trabajo a distancia y, por ende, del teletrabajo³. Como es sabido, el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, introdujo en el art. 13 ET el llamado trabajo a distancia, definiéndolo como “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”. Sin embargo, esta disposición dejaba numerosas cuestiones sin resolver como las atinentes a la prevención de riesgos laborales, limitándose a la remisión a la LPRL y su normativa

² Según los Indicadores de confianza empresarial (Módulo de opinión sobre Covid-19) elaborados por el INE, el porcentaje de establecimientos que utilizaba el teletrabajo antes del estado de alarma era del 16% en todos los sectores de actividad, porcentaje que se incrementó al 51,4% durante el estado de alarma. Y durante el segundo semestre de 2020, el porcentaje de establecimientos que lo han utilizado ha disminuido hasta el 43,4%. Los datos están disponibles en <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/COVID/ice/2020/p01/10/&file=01009.px#!tabs-tabla> [Acceso: 5-2-2021]. Asimismo, según datos de la EPA del cuarto trimestre de 2020, el 9,95% de los ocupados (1.923.800) trabajaron desde su propio domicilio más de la mitad de los días, porcentaje algo inferior al de tercer trimestre (10,30%), pero sensiblemente menor al del segundo trimestre (16,20%). Pese a ello, es muy superior al promedio de 2019 (que fue del 4,81%). Los datos están disponibles en <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0420.pdf> [Acceso: 5-2-2021].

³ Cruz Villalón, J., “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2020, p. 411; Fernández Avilés, J. A., “Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020, p. 11.

de desarrollo⁴, la tutela de la privacidad del teletrabajador⁵ o el ejercicio de los derechos colectivos⁶.

Por esta razón, se ha aprobado el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, una norma que pretende dotar a esta forma de prestación de servicios de una regulación unitaria y paliar las insuficiencias de la normativa anterior. Con todo, debe advertirse de que, pese al instrumento jurídico utilizado, no se trata de una norma concebida para proporcionar un marco jurídico adecuado al trabajo a distancia surgido en el contexto de la pandemia, el cual seguirá rigiéndose por la normativa laboral ordinaria, con las precisiones que establece la Disp. Transitoria 3ª relativas a la obligación empresarial de dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles necesarios, así como a la llamada a la negociación colectiva para fijar las reglas de compensación de gastos, si los hubiera. Ni tampoco resulta aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá por su normativa específica (Disp. Adicional 2ª)⁷; ni siquiera a las relaciones de trabajo que, con anterioridad a la publicación de la norma, estuvieran reguladas por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, en tanto éstos mantengan su vigencia (Disp. Transitoria 1ª)⁸.

El art. 2 del RD-Ley 28/2020 define el trabajo a distancia como una “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular” (apartado a), entendiendo que es regular cuando se realice un mínimo del 30% de la jornada, en un periodo de tres meses, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1), sin perjuicio de que los convenios

⁴ Sobre estas cuestiones vid. Mella Méndez, L., “Capítulo I. Configuración general del trabajo a distancia en el Derecho español” en Mella Méndez, L. (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 66 y ss; Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas laborales*, nº 134, 2016, 136-141.

⁵ Como pone de manifiesto Cardona Rubert, Mª B., “La privacidad del teletrabajador”, *Trabajo y Derecho*, nº 24, 2016 (versión electrónica), p. 2

⁶ Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia y relaciones colectivas”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 179 y ss.

⁷ En concreto, el RD-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, ha introducido un art. 47 bis en el EBEP que establece una regulación básica del teletrabajo en las Administraciones Públicas, aplicable tanto al personal funcionario como al personal laboral.

⁸ Si estos convenios o acuerdos no especificaran un plazo de duración, el RD-Ley 28/2020 resultará aplicable una vez transcurrido un año desde su publicación en el BOE, salvo que las partes firmantes acuerden expresamente un plazo superior, que no podrá ser superior a tres años.

colectivos puedan fijar una jornada mínima presencial o un porcentaje o periodo de referencia inferior a los señalados para calificar el trabajo desarrollado a distancia como regular (Disp. Adicional 1ª apartado 2). También define el teletrabajo como “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”, confirmando la relación género-especie entre ambas figuras.

Asimismo, regula el acuerdo de trabajo a distancia, destacando su carácter voluntario para ambas partes, las facultades de organización, dirección y control empresarial, y los derechos de las personas trabajadoras a distancia, entre los cuales se encuentran los derechos colectivos. Es precisamente a este último tipo de derechos al que vamos a dirigir nuestra atención y, más en concreto, a los derechos de representación colectiva. Para ello, en un primer momento, nos referiremos a las previsiones que, sobre esta materia, contenía la regulación anterior al RD-Ley 28/2020, para, en un segundo momento, centrarnos en lo que dispone esta última norma, resaltando los aspectos novedosos y las carencias que, a nuestro juicio, sigue presentando la normativa a este respecto.

2. EL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO

Pese a su carácter no vinculante⁹, ante la inexistencia de una regulación del teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico más allá del tradicional trabajo a domicilio¹⁰, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002 por la CES (Confederación Europea de Sindicatos), la UNICE/UEAPME (Unión de Confederaciones de la Industria y de las Organizaciones Empresariales de Europa) y el CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General)¹¹, ha constituido un referente para los interlocutores sociales y la doctrina, al tiempo que ha contribuido a dar visibilidad a esta figura¹².

En lo que aquí interesa, el Acuerdo contiene algunas previsiones relativas a los derechos colectivos de los teletrabajadores, partiendo del principio general en virtud del cual deben tener reconocidos los mismos derechos colectivos que el

⁹ Mella Méndez, L., “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016, p. 3

¹⁰ La STS de 11 de abril de 2005 (Rec. 143/2004) entendió que siempre que se cumplieran los requisitos de voluntariedad y falta de control por parte del empresario, algunas formas de teletrabajo podían tener cabida en el concepto de trabajo a domicilio que contemplaba el 13 ET.

¹¹ Este Acuerdo se aplicó a través del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, en el que las organizaciones empresariales y sindicales firmantes se comprometieron a difundirlo y a promover su adaptación y desarrollo, incluyéndolo también como Anexo.

¹² Álvarez Cuesta, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 43, 2020, pp. 179-180.

resto de trabajadores de la empresa. En concreto, se precisa que tendrán las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones a representantes de los trabajadores, pudiendo ser, en consecuencia, tanto electores como elegibles, y que computarán en el censo de trabajadores de la empresa a efectos de determinar el número de representantes unitarios y sindicales a designar. A lo anterior se añade que el centro de trabajo al que esté adscrito el trabajador a efectos del ejercicio de derechos colectivos debe quedar especificado desde el inicio de la relación laboral. Y, finalmente, indica que no se pondrán obstáculos a la comunicación de los teletrabajadores con sus representantes, pero no se especifica si la comunicación podrá efectuarse a través de los medios telemáticos puestos a disposición del trabajador y, si es así, con qué límites¹³.

De ello se desprende que el Acuerdo es muy parco en la regulación de los derechos colectivos, dejando sin abordar los múltiples problemas que se pueden plantear en la práctica a propósito de su ejercicio¹⁴.

3. LA REGULACIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En nuestro ordenamiento jurídico, el teletrabajo no ha contado con una regulación a nivel legal hasta el año 2012, con la aprobación del RD-Ley 3/2012, convertido en la Ley 3/2012, que introduce en el art. 13 ET el trabajo a distancia, en sustitución del trabajo a domicilio, fundamentalmente para dar cabida a los supuestos de teletrabajo.

En lo atinente a los derechos colectivos, la reglamentación del trabajo a distancia resultaba claramente insuficiente habida cuenta que el precepto se limitaba a contener dos previsiones (apartado 5). La primera, obvia, referida a que los derechos de representación colectiva se podrían ejercer de conformidad con lo dispuesto en el propio ET, de tal manera que establecía un principio de equiparación entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales. La segunda, instrumental para el ejercicio de algunos de estos derechos, era la relativa a la necesaria adscripción de los trabajadores a distancia a un centro de trabajo concreto de la empresa, particularmente por lo que respecta a los órganos de representación unitaria.

La escueta regulación contenida en el art. 13 ET en general y, particularmente, respecto a los derechos colectivos, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, por entender que deberían haberse contemplado con mayor detalle las peculiaridades

¹³ Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A., “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas laborales*, nº 72, 2003, p. 64.

¹⁴ Mella Méndez, L., “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *Relaciones laborales*, nº 1, 2003, p. 204; Sala Franco, T., “La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo” en Sala Franco, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 59.

que presentan estos derechos cuando son ejercitados por trabajadores a distancia¹⁵, siendo también escasa la atención a estas cuestiones en el ya de por sí limitado número de convenios colectivos que se ocupan del teletrabajo¹⁶.

4. LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA EN EL RD-LEY 28/2020

Ante esta situación, la aprobación de una norma específica sobre el trabajo a distancia podría haber sido una oportunidad idónea para abordar con mayor profundidad las especificidades de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia y, en consecuencia, de los teletrabajadores. Sin embargo, si bien es cierto el art. 19 del RD-Ley 28/2020 resulta más detallado en esta materia que su antecesor, genera todavía muchas dudas que deberán ser resueltas, bien por la negociación colectiva, o bien, si el trabajo a distancia se acaba extendiendo en mayor medida, por los pronunciamientos judiciales que a buen seguro se producirán en el futuro.

En concreto, el precepto se refiere, en primer lugar, a la indiscutible equiparación de derechos en el plano colectivo entre los trabajadores a distancia y los trabajadores que presten servicios de manera presencial, al afirmar que tendrán derecho a ejercitarlos “con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas” (art. 19.1). A continuación, posibilita que la negociación colectiva regule las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia, teniendo en cuenta las singularidades de su prestación, y debiendo partir para ello del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre estos trabajadores y los trabajadores presenciales.

La referencia al centro de adscripción resulta relevante en la medida en que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica a efectos de la elección de los órganos de representación unitaria y su composición es clave para determinar si han elegirse o no representantes unitarios y el tipo de órgano, entre otras cuestiones. De ahí que, como se vio, tanto el art. 13 ET, en su redacción anterior al RD-Ley 28/2020, como el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, entre sus escasas previsiones en relación con los derechos colectivos, incluyeran expresamente la necesidad de adscribir a los trabajadores a un centro de trabajo concreto de la

¹⁵ Sierra Benítez, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 29, 2017 (versión electrónica), pp. 9-10; Sala Franco, T., “Los precedentes normativos legales del teletrabajo” en Sala Franco, T. (Coord.), *El teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 72.

¹⁶ Mella Méndez, L., “Las cláusulas convencionales...”, op. cit. p. 27; Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 207.

empresa. El art. 19 del RD-Ley 28/2020 no ha optado por la misma fórmula, pero, atendiendo al art. 7 de la misma norma, el centro de trabajo al que quede adscrito el trabajador y en el que desarrollará, en su caso, la parte de jornada presencial (apartado e), forma parte de los contenidos mínimos obligatorios del acuerdo de trabajo a distancia, por lo que deberá quedar especificado desde el inicio.

Sin embargo, esta cuestión plantea diversa problemática pues cabe pensar que, en la práctica, será el empresario quien determine cuál haya de ser ese centro de trabajo, lo cual puede ser utilizado como estrategia para impedir que se alcance el umbral mínimo establecido legalmente para la elección de representantes unitarios o para la constitución de un comité de empresa¹⁷. Al mismo tiempo, la lejanía del trabajador respecto del centro de trabajo puede dificultar el ejercicio de los derechos de representación, tanto en la faceta de representante como en la de representado¹⁸. En cualquier caso, si el trabajo a distancia es parcial y el trabajador presta servicios también de manera presencial en un centro de trabajo, este problema quedaría soslayado en la medida en que la adscripción sólo podría producirse en dicho centro. Por lo tanto, esta cuestión se planteará en los supuestos en los que el trabajador desarrolla su trabajo exclusivamente a distancia. Y aquí podrían darse distintas situaciones; de un lado, sería posible que la empresa cuente con un centro o varios centros físicos de trabajo, en cuyo caso el trabajador a distancia debería ser asignado a uno de ellos atendiendo a criterios objetivos¹⁹ (el más cercano a su domicilio, aquél al que esté vinculado funcionalmente, etc.). De otro lado, cabe la posibilidad de que la empresa no disponga de centro físico de trabajo, al desarrollar íntegramente su actividad de manera virtual, siendo todos sus trabajadores, consecuentemente, trabajadores a distancia, supuesto en el que la identificación del centro de trabajo se torna más compleja, habiéndose propuesto como solución más adecuada que todos los trabajadores conformen una unidad electoral²⁰.

Ante los problemas señalados, hubiera sido deseable que el RD-Ley 28/2020 hubiera establecido pautas para que la determinación del centro de trabajo no acabe quedando al arbitrio del empresario, así como para aquellos supuestos en los que el trabajador preste servicios en empresas “virtuales”. En defecto de previsiones legales al respecto, será la negociación colectiva la que deberá introducir los criterios que hayan de tenerse en consideración para fijar el centro de trabajo

¹⁷ De las Heras García, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, nº 2, 2017, p. 5.

¹⁸ Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 184.

¹⁹ En este sentido, Sierra Benítez, E. M., “Valoración crítica y propuesta de mejora...”, op. cit. pp. 9-20, se refiere a la necesidad de establecer unos “criterios razonables de adscripción”.

²⁰ Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 185.

de adscripción. Sin embargo, hasta el momento son anecdóticos los convenios colectivos que se ocupan de esta cuestión²¹.

A propósito también del centro de trabajo, cabe señalar que el Tribunal Supremo ha estimado que es lícita la extinción del mandato de los representantes de los trabajadores cuando, en el marco de un pacto alcanzado en periodo de consultas de un despido colectivo, en el que se acuerda el cierre de varios centros de trabajo, los trabajadores optan por novar sus contratos para prestar servicios en régimen de teletrabajo, quedando adscritos al único centro de trabajo físico que subsiste, con independencia del lugar en el que efectivamente desarrollen su actividad²².

Por el contrario, en lo que respecta a la constitución de secciones sindicales, la determinación del centro al que se adscribe el trabajador a distancia no revestiría tanta relevancia habida cuenta del amplio margen del que disponen los sindicatos para delimitar el ámbito de actuación de la misma, de tal manera que no debe circunscribirse necesariamente al centro de trabajo, si así lo estipulan los estatutos sindicales²³.

La segunda previsión contenida en el art. 19 del RD-Ley 28/2020 en materia de derechos de representación colectiva se refiere a los mecanismos de los que deben disponer los representantes de los trabajadores para comunicarse con los trabajadores a distancia, afirmando que la empresa deberá suministrar “los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”. Y, a continuación, añade la obligación de garantizar que “no

²¹ Puede citarse el Convenio Colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 3-12-2020) que señala que, salvo acuerdo expreso en contrario, el personal en teletrabajo deberá estar adscrito al mismo centro de trabajo en el que desarrolle el trabajo presencial (art. 14.10); el Convenio Colectivo general de la industria química (BOE 8-8-2018) y el Convenio Colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 21-9-2018), en virtud de los cuales, salvo acuerdo expreso en contrario, los teletrabajadores deberán ser adscritos al centro de trabajo de la empresa más cercano a su domicilio en el que pudieran estar funcionalmente integrados (art. 10 bis); el Convenio Colectivo Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 27-2-2020), que establece que la persona trabajadora a distancia estará adscrita al centro de trabajo más cercano a su domicilio dentro de la misma provincia, o si no lo hubiera, al que le corresponda por su actividad (art. 11.3); o el Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 22-6-2020) según el cual se considerará centro de trabajo de la persona teletrabajadora su última ubicación antes de formalizar su adhesión al teletrabajo (Anexo 2).

²² STS de 28 de abril de 2017 (Rec. 124/2016).

²³ Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 190.

existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras”.

En el caso del trabajo a distancia y, fundamentalmente, del teletrabajo, es evidente que las tecnologías de la información y la comunicación cobran un especial protagonismo en la transmisión de información laboral o sindical, así como para posibilitar que representantes y representados puedan comunicarse entre sí. En este sentido, recuérdese que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el uso sindical del correo electrónico en su Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, estimando que el empresario no tiene obligación de establecer un sistema de correo electrónico para uso sindical, pero debe permitir su utilización por parte de los sindicatos cuando dicho sistema ya exista en la empresa, aunque con una serie de límites: que no perturbe la actividad normal de la empresa, que no perjudique el uso específico empresarial para el que fue creado y que no ocasione gravámenes adicionales para el empleador. Y también se ha planteado esta cuestión ante los tribunales ordinarios, los cuales han abordado igualmente el uso de las comunicaciones electrónicas de la empresa para fines sindicales o el tablón de anuncios virtual en un buen número de resoluciones²⁴.

Con el RD-Ley 28/2020 se establece de manera expresa el deber empresarial de facilitar a los representantes el acceso a las comunicaciones electrónicas de uso en la empresa, de tal manera que éstos podrán utilizar el sistema de correo electrónico ya implantado en la misma. Ello es así por cuanto, al emplear la expresión “de uso en la empresa”, no parece que reconozca la posibilidad de reclamar la creación de esta infraestructura informática al empresario²⁵ en caso

²⁴ Sin ánimo exhaustivo, cabe citar las siguientes resoluciones que no estiman que exista vulneración del derecho a la libertad sindical: la STS de 17 de mayo de 2012 (Rec. 202/2011) que afirma que la empresa no está obligada a implantar un sistema de comunicación electrónica para los sindicatos, cuando el mismo no exista previamente; la STS de 22 de junio de 2011 (Rec. 153/2010) que estima ajustada a derecho la negativa de la empresa a permitir el uso del correo electrónico corporativo y a disponer de un tablón virtual en la intranet de la empresa por implicar costes adicionales y perjudicar el fin para el que fue creado; o la STS de 24 de marzo de 2015 (Rec. 118/2014) sobre la existencia de un filtro o control previo por parte de la empresa que impida o limite el envío de correos electrónicos ante la remisión de correos masivos contraviniendo la política de uso implantada por la misma. En cambio, consideran vulnerado este derecho la STS de 26 de abril de 2016 (Rec. 113/2015) por condicionar la publicación en la intranet corporativa de los comunicados de las secciones sindicales al control previo de su contenido; la STS de 2 de noviembre de 2016 (Rec. 262/2015) por la negativa de la empresa a publicar circulares y comunicados sindicales en la intranet corporativa; la STS 21 de febrero de 2019 (Rec. 214/2017) por denegar el uso del correo electrónico existente en la empresa a un determinado sindicato; o la STS de 15 de enero de 2019 (Rec. 220/2017) por omitir o retrasar la remisión a los trabajadores de los enlaces a los comunicados publicados por un sindicato en la intranet.

²⁵ A favor de esta posibilidad, Nieto Rojas, P., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿Pueden enviarme información sindical? ¿Puedo negarme? ¿Cómo y dónde voto?”,

de que no existiera²⁶, yendo más allá de la doctrina jurisprudencial comentada. No obstante, las condiciones enunciadas por la doctrina constitucional para que el uso del sistema de correo electrónico por parte de los sindicatos pueda considerarse lícito, deberían interpretarse de manera más restrictiva en este ámbito, en aras de garantizar la efectividad de los derechos de información.

Similares consideraciones cabría realizar en relación con el tablón virtual al que se refiere expresamente el art. 19 del RD-Ley 28/2020, el cual vendría a sustituir al tradicional tablón de anuncios contemplado en el art. 81 ET, para comités de empresa y delegados de personal, y en el art. 8.2.a) LOLS, para las secciones sindicales pertenecientes a sindicatos más representativos o que tengan presencia en los órganos de representación unitaria. La puesta a disposición de un espacio en la intranet corporativa destinado a la emisión de comunicados e información de interés laboral o sindical por parte de los sindicatos y, por extensión, para los representantes unitarios, constituiría además una herramienta más eficaz que el tablón de anuncios físico, pues facilita a los trabajadores el acceso a dicha información²⁷ sin necesidad de encontrarse en el centro de trabajo, por lo que se revelaría como un instrumento fundamental en el caso de aquellos que presten sus servicios a distancia.

En lo que se refiere al acceso a las direcciones electrónicas de los trabajadores por parte de los representantes, debe tenerse en consideración que la dirección de correo electrónico es un dato de carácter personal, pero su cesión a sindicatos y representantes unitarios estaría justificada para el cumplimiento de las funciones que les atribuye la legislación laboral, sin necesidad de obtener el consentimiento expreso de los interesados²⁸. Respecto a los trabajadores a distancia, lo dispuesto en el art. 19.2 del RD-Ley 28/2020, al imponer al empresario el deber de suministrar las direcciones electrónicas de los trabajadores a los representantes, constituiría la base jurídica que legitima el tratamiento de los datos personales, en virtud de lo dispuesto en el art. 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas

El Foro de Labos, 8 de octubre de 2020 <https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/derechos-colectivos-de-los-trabajadores.html> [Acceso: 18-1-2021].

²⁶ Ello será poco habitual en empresas que cuenten con teletrabajadores en su plantilla, pero podría producirse con mayor frecuencia en el caso de los trabajos a distancia sin empleo de tecnologías.

²⁷ Valle Muñoz, F. A., “La incidencia de las nuevas tecnologías en la transmisión sindical de información en la empresa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 52, 2019, p. 165.

²⁸ Valle Muñoz, F. A., “La incidencia de las nuevas tecnologías...”, op. cit. p. 163; Nieto Rojas, P., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia...”, op. cit. Vid. Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 2 de abril de 2018 (nº R/00417/2018), 27 de marzo de 2018 (nº R/00416/2018) o 7 de febrero de 2018 (nº R/00103/2018).

en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD), el cual señala que el tratamiento será lícito cuando sea “necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”.

Ahora bien, deberá darse preferencia a los procedimientos automatizados que, como las listas de distribución²⁹, permitan satisfacer el derecho a la libertad sindical sin necesidad de proceder a una cesión³⁰. Asimismo, los representantes unitarios y sindicales sólo tendrán derecho a acceder a aquellos datos que resulten imprescindibles para el cumplimiento de las funciones que legalmente tienen atribuidas, y no podrán utilizarlos para fines distintos de los que motivaron la cesión³¹. Y, en cualquier caso, deberán cumplir con las previsiones de la legislación en materia de protección de datos, garantizando, entre otros, los derechos de acceso, rectificación, supresión u oposición de los interesados (arts. 15-22 RGPD y 12-18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales). Sin embargo, por lo que respecta al derecho de oposición, la Agencia Española de Protección de Datos ha precisado que los trabajadores no podrán oponerse a la recepción de información sindical a través de correo electrónico durante el periodo electoral, debiendo prevalecer en este caso el derecho a la libertad sindical sobre el derecho a la protección de datos³².

La tercera y última previsión contenida en el art. 19 del RD-Ley 28/2020 es la referida a la obligación de garantizar que los trabajadores a distancia puedan “participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales” (art. 19.3), lo cual estaría vinculado, fundamentalmente, a la celebración de reuniones por los representantes unitarios y las secciones sindicales, en los términos previstos en los arts. 77 y ss ET y 8.1.b) LOLS, respectivamente. Si bien, por la naturaleza de la prestación de servicios, pese a que la asistencia presencial debe quedar asegurada, también debería facilitarse la asistencia virtual, proporcionando los medios necesarios a tal fin.

Mención aparte merece la referencia al deber de asegurar la participación efectiva presencial de los trabajadores a distancia para el ejercicio del derecho al voto en las elecciones a órganos de representación unitaria. En este sentido,

²⁹ Sobre la vulneración del derecho a la libertad sindical por la negativa de la empresa a facilitar a un sindicato cuenta de correo electrónico y el acceso a las listas de distribución de correos masivas, vid. la STS de 14 de julio de 2016 (Rec. 199/2015).

³⁰ Nieto Rojas, P., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia...”, op. cit.

³¹ Valle Muñoz, F. A., “La incidencia de las nuevas tecnologías...”, op. cit. p. 163.

³² Vid. Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 2 de abril de 2018 (nº R/00417/2018), 27 de marzo de 2018 (nº R/00416/2018) o 7 de febrero de 2018 (nº R/00103/2018), entre otras. Nieto Rojas, P., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia...”, op. cit.

llama la atención que, tratándose de una norma que reglamenta el trabajo a distancia, se refiera expresamente al voto presencial y no a otros mecanismos que permitan ejercer este derecho sin necesidad de personarse en el centro de trabajo. Evidentemente, si el trabajador deseara ejercer su derecho al voto de manera presencial, esa posibilidad debería quedar garantizada³³; pero debe atenderse a las situaciones en las que, particularmente por la lejanía del domicilio del trabajador al centro de trabajo, esta alternativa no resulte viable. A tales efectos, nuestra normativa ya contempla la posibilidad de emitir el voto por correo atendiendo a lo previsto en el art. 10 del RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa; o incluso la existencia de una mesa electoral itinerante para aquellos centros de trabajo cuyos trabajadores no presten servicios en el mismo lugar con carácter habitual, supuesto en el que la mesa se desplazará a todos los lugares de trabajo para que los trabajadores puedan ejercer su derecho al voto el tiempo que sea necesario, debiendo el empresario facilitar los medios de transporte adecuados y sufragar todos los gastos que implique el proceso electoral (art. 7 RD 1844/1994).

En todo caso, la norma debería haber dado un paso más para permitir el voto electrónico en las elecciones sindicales³⁴, máxime si se tiene en cuenta que esta posibilidad ya ha sido aceptada en alguna ocasión por los tribunales, ante la ausencia de prohibición legal de esta clase de votación, siempre que reúna las debidas garantías, en concreto, que el sufragio sea personal, directo, libre y secreto³⁵. Si se cumplen estos requisitos no deberían existir impedimentos para su admisibilidad en los procesos electorales que se celebren, en general, en todo tipo de empresas y, de manera particular, en aquellas que cuenten con trabajadores a distancia³⁶.

³³ De las Heras García, A., “Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 452, 2020, p. 191, apunta incluso a la posibilidad de que se consideraran gastos que debiera compensar el empresario los relativos al desplazamiento y, en su caso, alojamiento, que precisara el trabajador a distancia para ejercer su derecho al voto.

³⁴ A favor de este sistema de votación se manifiestan Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 187; Goerlich Peset, J. M^a, “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de treball, economia i societat*, nº 92, 2019, p. 13; Cruz Villalón, J., “Teletrabajo y coronavirus...”, op. cit. p. 418; y De las Heras García, A., “Análisis de la nueva regulación...”, op. cit. p. 191.

³⁵ SJS nº 25 de Madrid de 21 de septiembre de 2015 (Sentencia nº 321/2015).

³⁶ Defendiendo el establecimiento del voto telemático en las elecciones sindicales Vivero Serrano, J. B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales: reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, *Trabajo y Derecho*, nº 14, 2016.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

La regulación de los derechos de representación colectiva de los trabajadores a distancia en el RD-Ley 28/2020 arroja luces y sombras. Como aspectos positivos cabe destacar la relevancia que la norma otorga a la necesidad de garantizar la efectiva comunicación entre los representantes de los trabajadores, tanto unitarios como sindicales, y los trabajadores a distancia, haciendo hincapié en las tecnologías de la información y la comunicación como vías preferentes para canalizar este flujo de información. En efecto, la posibilidad de que los representantes de los trabajadores hicieran uso del correo electrónico o del tablón virtual ya había sido reconocida por la jurisprudencia, pero no así a nivel legal; de ahí que el RD-Ley 28/2020 mencione estos instrumentos de manera expresa, poniendo en evidencia que los mecanismos tradicionales no se acomodan a la realidad de esta modalidad de prestación de servicios. Asimismo, proporciona la base jurídica para el tratamiento de datos personales de los trabajadores, en concreto, de las direcciones de correo electrónico y su cesión por parte del empresario a los representantes

Con todo, el ejercicio de los derechos de representación colectiva de los trabajadores a distancia sigue generando mucha incertidumbre que la norma ha optado por no disipar. Baste mencionar los interrogantes que se plantean en el supuesto de que un trabajador a distancia resultara elegido en las elecciones a órganos de representación unitaria de su centro de trabajo de adscripción por cuanto, en tal caso, habría que dilucidar si las reuniones de los delegados de personal o del comité de empresa deberían celebrarse de manera telemática, proporcionando el empresario los medios para ello, o cómo ejercería el representante su derecho al crédito horario, particularmente en los supuestos de prestación de servicios exclusivamente a distancia, entre otras cuestiones. O los problemas que ya se han apuntado en relación con el ejercicio del derecho al voto, al no contemplarse la modalidad de voto electrónico.

Estas dudas deberían ser resueltas por la negociación colectiva; sin embargo, la atención prestada a estas cuestiones por parte de los convenios ha sido, por el momento, escasa, limitándose a proclamar la equiparación de derechos entre los trabajadores a distancia y el resto de la plantilla, sin mayores concreciones. De este modo, los convenios que contienen alguna cláusula en este sentido afirman que los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que el resto de trabajadores de la empresa y estarán sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones a órganos de representación unitaria³⁷, o que el

³⁷ Convenio Colectivo estatal de perfumería y afines (BOE 20-8-2019) (art. 15); Convenio Colectivo general de la industria química (BOE 8-8-2018) (art. 10 bis); Convenio Colectivo nacional de prensa no diaria (BOE 23-12-2013) (art. 16); Convenio Colectivo del Sector del Comercio del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCM 22-7-2019) (art. 25); Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCM

teletrabajo no podrá implicar ni modificación ni menoscabo en el ejercicio de los derechos colectivos y de representación o participación sindical reconocidos en la legislación vigente y en la normativa interna de la empresa³⁸. Como excepción, aun cuando tampoco reglamenta esta materia de manera extensa, puede citarse el Convenio Colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, el cual, partiendo también de la equiparación de derechos entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales, establece el deber de garantizar que los teletrabajadores puedan recibir información y comunicarse con sus representantes de forma efectiva y con garantías de privacidad, debiendo las empresas permitir el acceso de la información sindical a los portales virtuales que existan en las redes y canales telemáticos de la empresa (incluidas videoconferencias, audio conferencias o cualquier otro canal de uso habitual de la plantilla). Igualmente, las empresas deberán garantizar la participación y el derecho al voto de los teletrabajadores en las elecciones sindicales y otros ámbitos de representación de la plantilla, informando por todos los medios disponibles y con antelación suficiente de todo lo relativo al proceso electoral (art. 14.10)³⁹.

Por consiguiente, habrá que esperar para comprobar si la llamada que el RD-Ley 28/2020 efectúa a la negociación colectiva para establecer las condiciones que garanticen el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia es respondida por los negociadores en futuros convenios. En efecto, los convenios colectivos podrían clarificar algunas de las cuestiones que se han apuntado anteriormente como el voto telemático, las posibles reuniones virtuales de los miembros de la mesa electoral si alguno de ellos es un trabajador a distancia⁴⁰, el crédito horario, etc.

Mención aparte merece la cuestión del centro al que han de adscribirse los trabajadores a distancia a efectos del ejercicio de sus derechos de representación

14-2-2019) (art. 13); Convenio Colectivo del Sector de Industria y Comercio de Aceite y Derivados y Aderezo, Rellenado y Exportación de Aceitunas de la Comunidad de Madrid (BOCM 7-4-2018) (art. 11); Convenio Colectivo provincial de Industria, Servicios, Tecnologías del sector del metal de la provincia de Alicante (BO Alicante 10-11-2017) (art. 18.5); Convenio Colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 21-9-2018) (art. 23.12); Convenio Colectivo de Thales España GRP, SAU (art. 36).

³⁸ Convenio Colectivo del Grupo Selecta (AB Servicios Selecta España, SLU, Acorn Spain 1, SL y Servecave, SL) (BOE 30-1-2020) (art. 43.2.4); Convenio Colectivo de Orange Espagne, SAU (BOE 18-10-2019) (art. 40.2.4); Convenio Colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SAU (BOE 18-10-2019) (art. 40.2.4); Convenio Colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA (BOE 22-12-2020) (Anexo 5); Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (BOE 22-6-2020) (Anexo 2); Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE 13-11-2019) (Anexo V).

³⁹ BOE 3-12-2020.

⁴⁰ Mella Méndez, L., “Las cláusulas convencionales...”, op. cit. p. 28.

colectiva y las dificultades que puede plantear su identificación, tal y como se expuso con anterioridad. Aparte de ello, el centro de trabajo como unidad electoral básica es una de las materias que ponen de manifiesto algunas de las principales insuficiencias de nuestro modelo de representación de los trabajadores en la empresa, el cual ha quedado desfasado frente a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de organización empresarial surgidas en las últimas décadas⁴¹. No en vano la doctrina ha abogado por la necesidad de una reforma legal en la que se establezca la empresa en su conjunto como ámbito de elección y actuación de los órganos de representación unitaria, aunque dejando abierta la posibilidad de fijar otras circunscripciones electorales, como el centro de trabajo, atendiendo a las características del sector o de la empresa⁴².

Una reforma de este calado permitiría, además, solventar las dificultades que surgen a la hora de constituir órganos de representación unitaria en empresas con varios centros de trabajo que, individualmente considerados, no alcanzan los umbrales señalados en los arts. 62 y 63 ET para la elección de delegados de personal o comité de empresa, pero que, atendiendo a la dimensión de la empresa en su conjunto, sí cumplirían este requisito numérico. Y, desde la perspectiva del trabajo a distancia, ello favorecería el establecimiento de una representación específica para los trabajadores que presten servicios bajo esta modalidad, si su número

⁴¹ Pueden mencionarse también las prestaciones de servicios a través de plataformas digitales o los supuestos de descentralización productiva mediante contratas y subcontratas.

⁴² En este sentido, Cruz Villalón, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa” en Cruz Villalón, J., Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M. (Coord.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 155-156, quien, no obstante, admite la posibilidad de excepciones a esta regla general mediante acuerdo mayoritario de los sindicatos más representativos en la empresa o sector en el que se pacte el mantenimiento del centro de trabajo como unidad electoral u otras alternativas. En similares términos se pronuncia Casas Baamonde, M^a E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores” en Cruz Villalón, J., Menéndez Calvo, R. y Nogueira Guastavino, M. (Coord.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 114-119, quien formula varias propuestas alternativas: la primera sería establecer la empresa como unidad electoral, pero habilitando a la negociación colectiva sectorial y a la de empresa para poder fijar otras circunscripciones electorales más adecuadas a las características del sector o de la empresa en cuestión. La segunda propuesta defiende que tanto la empresa como el centro de trabajo pudieran constituir la unidad electoral para la elección de los representantes, correspondiendo la elección entre una y otra a la negociación colectiva o a los actos o acuerdos de promoción electoral. También aboga por que la empresa como unidad electoral sea disponible para la negociación colectiva, pudiendo ésta definir otras unidades electorales distintas, Lahera Forteza, J., “La falta de adaptación de los representantes de los trabajadores a la realidad empresarial y digital del siglo XXI: propuesta de reforma” en Monreal Bringsvaerd, E., Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A. (Coord.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 843.

alcanzara una cierta entidad, elegida por y entre dichos trabajadores, que atendiera a sus intereses específicos⁴³. Si bien es cierto que, teóricamente, esta posibilidad sería factible con la normativa actual por la vía del tercer colegio electoral en las elecciones a comité de empresa, condicionada, como es sabido, a su previsión en el convenio colectivo aplicable⁴⁴.

Igualmente, por la mayor flexibilidad de los requisitos exigidos para su constitución frente a la rigidez de las reglas atinentes a la representación unitaria, cabría destacar el papel que podrían desempeñar las representaciones sindicales en el ámbito del trabajo a distancia⁴⁵. En efecto, partiendo de lo dispuesto en el art. 8.1.a) LOLS, sería factible la existencia de secciones sindicales en ámbitos muy diversos, sin necesidad de atender a la dimensión de la plantilla concernida. Aunque, en estos casos, los obstáculos que deberían salvar los sindicatos no serían menores habida cuenta del aislamiento, el individualismo y la ruptura de la solidaridad colectiva que propicia el trabajo a distancia⁴⁶. De ahí la relevancia de que sepan aprovechar todo el potencial que ofrecen las herramientas digitales para posibilitar una comunicación fluida con sus representados.

En definitiva, la parca regulación de los derechos de representación colectiva en el RD-Ley 28/2020, junto al carácter obsoleto de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa, pueden poner en duda la efectividad de estos derechos en el caso de los trabajadores a distancia. No basta con declarar la equiparación de derechos, si tales derechos están concebidos para un modelo de empresa muy distinto al vigente en la actualidad. Por consiguiente, reforma legal y negociación colectiva deberían combinarse para garantizarlos en la práctica.

⁴³ Lahera Forteza, J., “La falta de adaptación de los representantes...”, op. cit. p. 848.

⁴⁴ A favor de la representación específica y de su posible articulación a través de un tercer colegio electoral se manifiesta De las Heras García, A., “Relaciones colectivas...”, op. cit. p. 6. También Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A., “Algunas consideraciones...”, op. cit. p. 64, mencionan la posibilidad de crear un tercer colegio electoral. En cambio, a favor de un cauce de representación específico para los teletrabajadores, pero en contra de canalizarlo a través del tercer colegio, se manifiesta Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 186.

⁴⁵ Para Baylos Grau, A., “Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época”, *Revista de Derecho Social*, nº 86, 2019, p. 29, la vía de la representación unitaria sería difícilmente practicable en este ámbito, incluso con la modificación del Título II ET. Por ello, afirma que la representación sindical se adecuaría más fácilmente a las peculiares características de esta forma de trabajo.

⁴⁶ Álvarez Cuesta, H., “Del recurso al teletrabajo...”, op. cit. p. 191.

LA GEOLOCALIZACIÓN COMO MEDIO DE CONTROL DEL TRABAJADOR

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT)

EXTRACTO

Palabras clave: Geolocalización; control; GPS; datos; intimidad; control

El empleador puede adoptar todas las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad. En este sentido, aquel puede implementar la geolocalización como medio de control del trabajador.

El presente estudio tiene por objeto analizar la geolocalización como medio de control del trabajador, a través de los dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Por un parte, se estudia los aspectos más importantes para tener en cuenta sobre la geolocalización. Por otra, se analiza la doctrina más relevante del Grupo de Trabajo del artículo 29, que actualmente asume sus funciones el Consejo Europeo de Protección de Datos; seguidamente, se aborda el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, con el objeto de estudiar los criterios jurisprudenciales más relevantes. Por último, se presentan las conclusiones más relevantes.

ABSTRACT

Key words: Geolocation, control, GPS, data, privacy, control

The employer may adopt all the measures it deems most appropriate for surveillance and control to verify the worker's compliance with his or her work obligations and duties, with due consideration for his or her dignity in their adoption and application. In this sense, the latter can implement geolocation as a means of worker control.

The purpose of this study is to analyse geolocation as a means of worker control, through the provisions of Organic Law 3/2018, of 5 December, on Personal Data Protection and the guarantee of digital rights. On the one hand, it studies the most important aspects to bear in mind regarding geolocation. On the other, it analyses the most relevant doctrine of the Article 29 Working Group, which is currently assumed by the European Data Protection Board; then, it addresses the right to privacy in the use of geolocation systems in the workplace, with the aim of studying the most relevant jurisprudential criteria. Finally, the most relevant conclusions are presented.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA GEOLOCALIZACIÓN: ASPECTOS PARA TENER EN CUENTA
3. EL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 (GT 29): ACTUAL CONSEJO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS
4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD ANTE LA UTILIZACIÓN DE SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL
5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La transformación digital afecta a la manera en la que los trabajadores prestan sus servicios y a los medios de control que, cada día son más sofisticados y preciso, por parte del empresario con el objeto de supervisar el correcto desempeño de las actividades que realizan aquellos. Las nuevas tecnologías, por tanto, generan una relación contractual no muy protegida que plantea una serie de retos al Derecho del Trabajo como el almacenamiento y tratamiento de datos de información personal, la intimidad del trabajador o el control de los trabajadores mediante programas o herramientas informáticas.

Bajo este contexto, el Derecho del Trabajo debe «esforzarse en asegurar “el equilibrio en el que han de convivir el legítimo interés de la empresa (y del empresario) y el de los propios trabajadores”, de modo que “ni el empresario pued[a] ignorar e invalidar la esfera jurídica del trabajo ni éste obstruir el ámbito de poder que compete al patrono”»¹.

El aumento de la cantidad de datos generados en el lugar de trabajo, en combinación con las nuevas técnicas de análisis de datos y la comparación cruzada, entre otras cosas, puede crear el riesgo de un tratamiento posterior incompatible. Por ejemplo, en este sentido, se incluyen el uso de sistemas instalados legítimamente para proteger las propiedades para controlar después la

¹ Esta obra queda enmarcada dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2019) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia: 20976/PI/18: El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinar; así como en el proyecto: Bargaining upfront in the digital age (VS/2019/0280), financiado por la Comisión Europea.

Montoya Melgar, A., “Poder de dirección y videovigilancia laboral”, en AA.VV. (Coords. Monreal Bringsvaerd, E., Thibault Aranda, X. y Jurado Segovia, Á.), *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 189-190.

disponibilidad, el desempeño y el trato de los trabajadores con los clientes. Otros incluyen el uso de los datos recopilados mediante un sistema de circuito cerrado de televisión para controlar regularmente el comportamiento y el rendimiento de los trabajadores, o el uso de datos de un sistema de geolocalización (seguimiento mediante WiFi o Bluetooth) para comprobar constantemente los movimientos y el comportamiento de un trabajador².

El uso de los sistemas de geolocalización trae como consecuencia «intereses empresariales legítimos para velar por el correcto desarrollo del proceso productivo, también existen riesgos respecto del uso que se pueda hacer de los datos potencialmente sensibles obtenidos de la información de la ubicación del trabajador, fundamentalmente cuando además los dispositivos le acompañan fuera de su jornada laboral»³.

Como resultado, este seguimiento puede infringir los derechos de privacidad de los trabajadores, independientemente de que el control se lleve a cabo de manera sistemática u ocasional. El uso amplio de tecnologías de control, a su vez, puede limitar la disposición de los trabajadores a informar a los empresarios (y los canales por los cuales podrían hacerlo) sobre irregularidades o acciones ilegales de superiores y otros trabajadores que puedan suponer un daño para la empresa (especialmente los datos de los clientes) o el lugar de trabajo.

La privacidad, según la Real Academia Española, en una de sus acepciones, es el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Empero, se han dado voces al manifestar que aquella «constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas [de la personalidad de un individuo] que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado»⁴.

La protección de datos, como más adelante se analizará, es muy importante; dado que la legislación la ampara. En este sentido, las causas de la necesidad de su protección se deben a las siguientes circunstancias: a) La era digital; es decir, la rápida evolución de la tecnología, b) La globalización, c) La utilización de datos a grane escala, d) La gran capacidad y rapidez de almacenamiento, procesamiento,

² Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo. GT 29.

³ López De La Fuente, G., *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 73.

⁴ Navalpotro, Y., “Antecedentes de la Ley Orgánica 15/1999 (LOPD)”, en Almuzara Almaila, C., *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Lex Nova, Madrid, 2005, pág. 40.

manipulación y transmisión de datos personales, e) Necesidad de tutela, f) El riesgo de tratamiento ilegítimo de los datos.

Por ello, se han dado voces al afirmar, por una parte, que «*los derechos fundamentales de las personas trabajadoras no se detienen en la pantalla de los dispositivos digitales, sino que les acompañan durante la navegación por las redes y en el uso de las TIC*». Sería ésta la neo-expresión de la inherencia de los derechos fundamentales de los trabajadores/as en el entorno digital, propio de las relaciones laborales del Siglo XXI, que han mutado el paradigma antropológico del *homo industrialis* al *homo digitalis*, y han trasladado su ecosistema de la fábrica a la red»⁵.

Por otra, que «no siempre es fácil discernir la relación, ni la línea de separación, entre lo que ese texto legal ha llamado «derechos digitales» y lo que implica más bien protección de datos personales. En verdad, muchos de los derechos digitales reconocidos con carácter general en la Ley orgánica 3/2018 (neutralidad de internet, acceso universal a internet, rectificación en internet o educación digital) carecen de una relación directa con la protección de datos personales y se conectan más bien con otros derechos básicos o fundamentales de las personas, como la igualdad y no discriminación, la libertad de expresión, la intimidad, el honor o la dignidad»⁶.

El presente estudio, por tanto, tiene por objeto analizar la geolocalización como medio de control del trabajador, a través de los dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)⁷. Por un parte, se estudian los aspectos más importantes para tener en cuenta sobre la geolocalización. Por otra, se analiza la doctrina más relevante del grupo de trabajo del artículo 29, que actualmente asume sus funciones el Consejo Europeo de Protección de Datos; seguidamente, se aborda el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, con el objeto de estudiar los criterios jurisprudenciales más relevantes. Por último, se presentan las conclusiones más relevantes.

Para llevar a cabo la investigación se ha requerido de un análisis de la legislación relacionada con el tema a abordar, la jurisprudencia más relevante, la utilización de base de datos e internet y la doctrina más distinguida en la materia.

⁵ Preciado Domenech, C., “Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales”, en AA.VV. (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 220.

⁶ García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, pág. 31.

⁷ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

2. LA GEOLOCALIZACIÓN: ASPECTOS PARA TENER EN CUENTA

La Oficina de Seguridad del Internauta⁸ indica que la geolocalización «consiste en obtener la ubicación geográfica de un objeto como puede ser un teléfono móvil, un coche o una calle. Para ello se puede utilizar diferentes métodos como por ejemplo comprobar el código postal de una carta, la dirección IP de un equipo o el sistema GPS de nuestro teléfono móvil»⁹.

La geolocalización es conocida, a su vez, por las siglas GPS que significan en inglés *Global Positioning System*; es decir, Sistema de Posicionamiento Global. Que, como ya se ha comentado, es un sistema que permite posicionar cualquier persona u objeto sobre la Tierra con una precisión. Aquel ha sido desarrollado por el ejército estadounidense, cuyos resultados se han aplicado a usos civiles y fundamentalmente en la navegación marítima. Bajo este contexto, los datos de localización se calculan por triangulación y se facilitan de manera directa a la persona que dispone de un receptor GPS¹⁰. Los datos pueden enviarse a un tercero mediante una red de comunicaciones electrónicas (combinación GPS/GSM)¹¹.

Desde la óptica de las relaciones laborales, la geolocalización se utiliza por parte del empresario para llevar un control de los trabajadores. No solo se puede implementar por la empresa privada, la Administración pública también pueden implementarlo. No obstante, su implementación, como más adelante se analizará, produce ciertas implicaciones para los derechos fundamentales de los trabajadores¹².

El apartado tercero del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de

⁸ La Oficina de Seguridad del Internauta es un organismo que depende actualmente del INCIBE y del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Su principal función es ofrecer información y servicios de ciberseguridad a sus visitantes, utilizando para ello un lenguaje accesible, alejado de tecnicismos, de manera que cualquier pueda entender sus contenidos, independientemente de la edad, la formación el grado de conocimientos. www.osi.es

⁹ OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA, “Geolocalización: virtudes y riesgos”, publicado el 20/09/2016, <https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2016/09/20/geolocalizacion-virtudes-y-riesgos#:~:text=La%20geolocalizaci%C3%B3n%20consiste%20en%20obtener,GPS%20de%20nuestro%20tel%C3%A9fono%20m%C3%B3vil>.

¹⁰ La técnica GPS utiliza 31 satélites que giran en 6 órbitas diferentes alrededor de la Tierra, cada satélite transmite una señal radioeléctrica muy precisa. Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes. GT 29.

¹¹ Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido. Grupo del artículo 29.

¹² El Tribunal Constitucional ha dispuesto que en ningún derecho fundamental es absoluto «pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para

los Trabajadores (ET)¹³, establece la facultad de control que tiene el empresario al señalar que aquel «podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales», siempre que respete la dignidad del trabajador, así como otros derechos que puedan verse afectados por las medidas que este adopte¹⁴.

Aquellas medidas pueden materializarse, entre otras formas, a través de las nuevas tecnologías. Al facilitarle al empleador un informe de manera detallada, en

alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho». STC 186/2000. En el mismo sentido, las SSTC 57/1994 y 143/1994. Asimismo, los derechos fundamentales «son derechos subjetivos, derechos de los individuos en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad de un ámbito de existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)». STC 25/1981.

¹³ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁴ Si bien el tratamiento de los datos de carácter personal requiere la información y el consentimiento inequívoco del afectado, en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Sin embargo, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento, el deber de información sigue existiendo. En el caso concurre una falta de acreditación de que se hubiera informado expresamente al trabajador de la existencia del sistema de grabación, ni que éste tuviera conocimiento de ello, ni que la empresa hubiera colocado los distintivos genéricos de la Agencia de Protección de Datos. En aplicación de la doctrina emanada del TEDH, es trascendente si se obvia la información previa de la existencia de sospechas razonables de que se había cometido una infracción grave, al no verse comprometida la propiedad con pérdidas de alcance y sin que se genere una situación en la que el buen funcionamiento de una empresa esté en riesgo, al no existir sospecha de una acción concertada por parte de varios empleados, creando así una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo. STSJ de Madrid, de 16 de enero de 2020. La empresa informó a los trabajadores de que se instalaba un sistema de videovigilancia mediante cámaras en el interior del local de la empresa para garantizar la seguridad de los trabajadores, clientes y usuarios. Se indicaba que la información obtenida se utilizaría para fines de prevención, seguridad y protección y para el control de calidad, así como para la verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Asimismo, se informaba que se garantizaba la confidencialidad y seguridad de las imágenes, que se utilizarían exclusivamente para las finalidades perseguidas, y que serían borradas en los períodos establecidos legalmente. Se informaba a los trabajadores de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento, supresión y portabilidad mediante las oportunas solicitudes por escrito. La representación legal de los trabajadores remitió comunicación a la empresa indicando que esta medida no había sido consensuada ni negociada con la representación de los trabajadores y que no se había informado con carácter previo y pedía información adicional. La empresa contestó comunicando los datos relativos al número y localización de cada cámara, capacidad de las cámaras, con indicación de que no se instalaba grabación de audio, instalaciones

este caso, de los sitios que su plantilla visite durante la jornada laboral. El peligro de ello radica en que debe mantenerse un equilibrio entre la facultad de control del empresario y los derechos de los trabajadores. Por lo que «se introduce un elemento nuevo en el sinalagma contractual capaz de provocar la ruptura en el necesario equilibrio de intereses» entre las partes¹⁵.

Dicho de otra manera, la utilización de la geolocalización en las relaciones laborales tiene implicaciones, por una parte, para el derecho fundamental a la intimidad. Por otra, a la protección de datos personales. En cuanto a este último punto, el trabajador queda sujeto a la LOPD, puesto que será aplicable a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, según dispone el primer apartado del artículo 2. Por consiguiente, los empleadores que utilicen la geolocalización tendrán que cumplir con lo establecido en aquella norma cuando corresponda a datos personales de la plantilla.

Antes de seguir avanzando hay que matizar que «la promulgación de una norma específica en materia de protección de datos aplicable a los centros de trabajo, aunque supone un avance, no resuelve (...) todos los problemas suscitados en el ámbito laboral, dadas las situaciones heterogéneas y cambiantes en los diversos sectores productivos y, sobre todo, la constante innovación tecnológica y sus efectos en el seno de la empresa»¹⁶.

Retomando el tema de estudio, el uso de aquellos dispositivos que tengan dicha tecnología dará lugar a un tratamiento de datos personales. Huelga recordar que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (RGPD)¹⁷, define datos personales como «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o

objeto de grabación, las necesidades motivadoras de la medida, destino y lugar de almacenamiento de la información obtenida. Entiende la Sala que, por parte de la empresa, se ha cumplido con la obligación de información previa a los trabajadores sobre los sistemas de videovigilancia, número de cámaras y espacios de la empresa objeto de vigilancia. Asimismo, se ha justificado por la empresa dicha instalación en los fines de seguridad de personas y cosas y verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Además, se indica que no está operativo el sistema de grabación de audio y que las máquinas están en las zonas de almacén y producción, no en áreas de descanso, aseos o vestuarios. STSJ del País Vasco, de 12 de noviembre de 2019.

¹⁵ Fernández Domínguez, J. y Rodríguez Escanciano, S., *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, pág. 87.

¹⁶ Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: Garantías e interrogantes*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 31.

¹⁷ DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Por tanto, entraría en juego los datos de localización.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)¹⁸, define datos de localización como «cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público».

Bajo este contexto, aquella norma dispone que, en el supuesto de que puedan tratarse datos de localización, diferentes de los datos de tráfico, relativos a los usuarios o abonados de redes públicas de comunicaciones o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, solo podrán tratarse dichos datos si se hacen anónimos. Salvo que previo consentimiento de los usuarios o abonados, en la medida y por el tiempo necesario para la prestación de un servicio con valor añadido. Empero, el proveedor del servicio deberá informar a los usuarios o abonados, antes de obtener su consentimiento, del tipo de datos de localización distintos de los datos de tráfico que serán tratados, de la finalidad y duración del tratamiento y de si los datos se transmitirán a un tercero a efectos de la prestación del servicio con valor añadido. Por lo que se deberá ofrecer a los usuarios y abonados la posibilidad de retirar en todo momento su consentimiento para el tratamiento de los datos de localización diferentes de los datos de tráfico.

En el supuesto de que se haya obtenido el consentimiento de un usuario o abonado para el tratamiento de datos de localización diferentes de los datos de tráfico, el usuario o abonado deberá seguir contando con la posibilidad, por un procedimiento sencillo y gratuito, de rechazar de manera temporal el tratamiento de aquellos datos para cada conexión a la red o para cada transmisión de una comunicación. Podrán encargarse del tratamiento de datos de localización diferentes de los datos de tráfico solo aquellas personas que actúen bajo la autoridad del proveedor de las redes públicas de comunicaciones o de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o del tercero que preste el servicio con valor añadido, y dicho tratamiento deberá limitarse a lo necesario a efectos de la prestación del servicio con valor añadido.

La definición antes mencionada es similar a la que señala el legislador español en el artículo 64 b) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que

¹⁸ DOCE núm. 201, de 31 de julio de 2002.

se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios¹⁹.

Aquella norma está sujeta a la LOPD, dado que los datos de localización se refieren a una persona física identificable, que constituyen datos personales. Empero, no define la geolocalización; pero si hace su mención en el siguiente articulado, que más adelante se analizará:

- a) Artículo 90: Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral
- b) Disposición final decimotercera: Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- c) Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

3. EL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 (GT 29): ACTUAL CONSEJO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Hay que resaltar que, a partir del 25 de mayo de 2018, el Grupo de Trabajo del artículo 29 dejó de existir y fue sustituido por el Consejo Europeo de Protección de Datos (EDPB)²⁰. No obstante, hay que hacer mención del origen de dicho grupo para poder comprender su labor en el tema de estudio. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT 29), creado por la Directiva 95/46/CE (RGPD), era un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea – que realizaba funciones de secretariado-. Las autoridades de los Estados candidatos a ser miembros de la Unión Europea (UE) y los países del EEE asistían a sus reuniones como observadores. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos²¹ formó parte de aquel desde su inicio, en febrero de 1997.

El GT 29 contaba con un presidente y dos vicepresidentes, elegidos de entre sus miembros por periodos de dos años, renovables. Se reunían en plenarios con

¹⁹ BOE núm. 102, de 29 de abril de 2005.

²⁰ El sitio web de la EDPB se puede consultar en la siguiente dirección: <https://edpb.europa.eu/>

²¹ La Agencia Española de Protección de Datos es la autoridad pública independiente encargada de velar por la privacidad y la protección de datos de los ciudadanos. <https://www.aepd.es/es>

una periodicidad bimestral y organizaba sus trabajos mediante distintos subgrupos temáticos, que preparaban las decisiones del plenario.

Las funciones del GT29 reconocidas por la Directiva incluían estudiar toda cuestión relativa a la aplicación de las disposiciones nacionales tomadas para la aplicación de la Directiva, emitir dictámenes sobre el nivel de protección existente dentro de la Comunidad y en países terceros, asesorar a la Comisión sobre cualquier proyecto de modificación de la Directiva, y formular recomendaciones sobre cualquier asunto relacionado con la protección de datos en la UE.

Aquel ente se pronunciaba mediante Dictámenes, Documentos de Trabajo, Informes o Recomendaciones, aunque también manifestaba su posición en cartas o comunicados de prensa. Las decisiones del Grupo no eran jurídicamente vinculantes, pero tenían un importante valor doctrinal y son frecuentemente utilizados y citados por los legisladores y los tribunales nacionales y europeos²². Por ello de su importancia para este estudio.

Bajo este contexto, se pasará a analizar los criterios del GT29 en relación con la geolocalización, por el valor doctrinal que tienen. Las aplicaciones o plataformas que requieren acceso a la geolocalización deben usar los servicios de localización del sistema operativo. «Cuando una aplicación use la geolocalización, el sistema operativo puede recoger datos personales para transmitir datos de geolocalización a las aplicaciones y también puede considerar el uso de los datos para mejorar sus propios servicios de localización. A tal efecto, se considera que el sistema operativo es el responsable del tratamiento»²³.

El tratamiento de estos datos es un asunto especialmente sensible «por referirse a la cuestión esencial de la libre circulación de las personas de forma anónima, el legislador europeo, teniendo en cuenta las consideraciones de las autoridades europeas de protección de datos, ha adoptado normas específicas que establecen la obligación de recabar el consentimiento de los usuarios o abonados antes de proceder al tratamiento de los datos de localización necesarios para prestar un servicio con valor añadido y de informar a los usuarios o abonados de las condiciones de dicho tratamiento (Artículo 9 de la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002)»²⁴.

En vista de la intromisión que la geolocalización supone en el derecho fundamental a la protección de datos, el consentimiento resulta igualmente exigible, con carácter general, al amparo del RGPD, siempre que el tratamiento vaya dirigido a la identificación, directa o indirecta, de la persona. «Dada la sensibilidad del procesamiento de los datos o pautas de datos de localización, el consentimiento

²² <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm>

²³ Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes. GT 29.

²⁴ Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de geolocalización. GT 29.

fundamentado previo constituye también el principal factor aplicable para dar legitimidad al tratamiento de datos en lo que se refiere al procesamiento de las localizaciones de un dispositivo móvil inteligente en el contexto de servicios de la sociedad de la información»²⁵.

En cuanto a los dispositivos de seguimiento de vehículos no son dispositivos para la localización de trabajadores, «ya que su función es hacer un seguimiento o vigilar la ubicación de los vehículos en que estén instalados. Los empresarios no deben considerarlos como dispositivos para seguir o el comportamiento o el paradero de los conductores o de otro tipo de personal, por ejemplo, mediante el envío de alertas relacionadas con la velocidad del vehículo»²⁶.

No obstante, el tratamiento de los datos de localización puede estar justificado «si se lleva a cabo formando parte del control del transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos (por ejemplo, la planificación de operaciones en tiempo real) o cuando se trate de lograr un objetivo de seguridad en relación con el propio empleado o con los bienes o vehículos a su cargo. Por el contrario, el Grupo considera que el tratamiento de datos es excesivo en el caso de que los empleados puedan organizar libremente sus planes de viaje o cuando se lleve a cabo con el único fin de controlar el trabajo de un empleado, siempre que pueda hacerse por otros medios»²⁷.

Ejemplo de consentimiento específico es que una «aplicación ofrece información sobre restaurantes cercanos. Para instalarla, el desarrollador debe obtener el consentimiento. Para acceder a los datos de geolocalización, el desarrollador de aplicaciones debe pedir el consentimiento por separado, por ejemplo, durante la instalación o antes de acceder a la geolocalización.

«Específico» significa que el consentimiento debe limitarse al objetivo concreto de informar al usuario sobre restaurantes próximos. Por tanto, solo puede accederse a los datos de localización del dispositivo cuando el usuario utiliza la aplicación a tal efecto. El consentimiento del usuario para procesar datos de geolocalización no permite a la aplicación la recogida continua de datos de localización del dispositivo. Este tratamiento adicional requeriría información adicional y un consentimiento por separado.

Del mismo modo, para que una aplicación de comunicaciones acceda a la lista de contactos, el usuario debe poder seleccionar los contactos con que desea

²⁵ Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes. GT 29.

²⁶ Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes. GT 29.

²⁷ Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido. GT 29.

comunicarse, en lugar de tener que dar acceso a toda la lista de contactos (incluidos los datos de contacto de quienes no son usuarios de ese servicio, que no pueden haber dado su consentimiento al tratamiento de los datos que les afectan)»²⁸.

Como puede observarse, los documentos del GT 29 son de gran importancia, a pesar de que no son jurídicamente vinculantes, tenían un significativo valor doctrinal y, hoy por hoy, siguen utilizados y citados por los legisladores y los tribunales nacionales y europeos, así como los investigadores, como es en este estudio.

4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD ANTE LA UTILIZACIÓN DE SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

En este epígrafe se estudiará lo señalado en la LOPD. No obstante, hay que destacar que el RGPD establece una serie de principios básicos, con relación al tratamiento de los datos personales²⁹:

- a) Licitud, lealtad y transparencia: Tratar los datos de manera lícita, leal y transparente. Se pueden tratar solo si el responsable tiene una base legítima para hacerlo.
- b) Limitación de la finalidad: Tratar los datos recogidos solo para fines determinados, explícitos y legítimos.
- c) Minimización de datos: Solicitar datos adecuados, pertinentes y limitados a los necesarios para los fines para los que son tratados.
- d) Limitación del plazo de conservación: Utilizar los datos durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento por lo que se solicitaron.
- e) Integridad y confidencialidad: Aplicar las medidas de seguridad técnicas u organizativas necesarias que garanticen su seguridad y confidencialidad, así como realizar de manera periódica dichas medidas.
- f) Responsabilidad proactiva: El responsable del tratamiento será el responsable de garantizar el respecto a los principios mencionados y ser capaz de demostrarlo.

El artículo 90 de la LOPD dispone que los empresarios podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.

²⁸ Dictamen 02/2013 sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes. GT 29.

²⁹ Art. 5 RGPD.

No obstante, el legislador deja claro que, con carácter previo, los empresarios habrán de informar de manera expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

El apartado tercero del artículo 20 del ET, bajo este contexto, dispone que el empleador podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

Como puede observarse, de su literalidad, el legislador no señala de manera expresa cuáles son los límites para el ejercicio del poder de control empresarial, dado que se intuye de que aquellos existen por lo que deben interpretarse bajo la protección constitucional de los trabajadores. Queda claro que el legislador ha querido hacer énfasis en que el empleador debe, al igual que lo que sucede con la videovigilancia³⁰, informar de manera expresa, clara e inequívoca a la plantilla con relación a la existencia y características de los dispositivos con geolocalización.

Llama la atención que el legislador no haga mención sobre el principio de proporcionalidad que ha sido debatido a nivel judicial. Por lo que se intuye que la finalidad que persigue la norma es positivizar el derecho a la intimidad de los trabajadores que el principio de proporcionalidad, «por lo que parece indicar que ahora no sería posible una medida disciplinaria procedente cuando no ha existido esta información previa a los trabajadores de la instalación de estos dispositivos»³¹.

El derecho a la intimidad, por tanto, «no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya que experimentar y se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho»³². Bajo este contexto, «el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador

³⁰ Vid. González Díaz, F., “Control y límites en el uso de dispositivos de videovigilancia en el marco de la relación laboral”, en AA.VV. (Dir. Kahale Carrillo, D.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinaria*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 59-89.

³¹ Aragüez Valenzuela, L., “Relación laboral digitalizada en término de justicia y control tecnológico: especial referencia al sistema de geolocalización”, en (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 212.

³² SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo.

de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada»³³.

Por consiguiente, aquel principio es de importante aplicación cuando se determine la adecuación de la medida de la geolocalización implementada, «de modo que deberá quedar acreditada la existencia de una necesidad específica de la empresa (control del transporte de personas o bienes, objetivos de seguridad, planificación en tiempo real, seguimiento o facturación) para que puedan establecerse este tipo de sistemas»³⁴.

El ejercicio de funciones de control fundado en el uso de sistemas de geolocalización tiene que ejercerse según el ordenamiento jurídico establecido y con los límites inherentes a aquel. Dicho de otra manera, la legitimidad del uso de la geolocalización en las relaciones laborales viene impuesta por el cumplimiento del marco legal correspondiente en cada supuesto.

La Disposición final decimotercera de la LOPD añade el artículo 20 bis al ET, al disponer que «los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la 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».

En el mismo sentido, añade una nueva letra j bis) en el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público³⁵, al señalar que los empleados públicos tienen el siguiente derecho, ente otros, de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio a «la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

Hay que destacar, que la protección de datos se diferencia con el derecho a la intimidad en su contenido. Este último confiere a la persona el poder de imponer a terceros el derecho de abstenerse de toda intromisión en la esfera de la persona y la prohibición del uso de su contenido. Mientras que el primero, el derecho a protección de datos, permite a toda persona física que la información sobre sí misma identificada o identificable sea objeto de tratamiento para fines concretos

³³ STC 88/1985, de 19 de julio.

³⁴ Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 152.

³⁵ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

y en base a su consentimiento u otro fundamento legítimo establecido de manera legal³⁶.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En este apartado se pasará a destacar las sentencias más relevantes relacionadas con el objeto de estudio; es decir, a la geolocalización como medio de control del trabajador. Los datos de los trabajadores obtenidos, a través de la geolocalización, y su tratamiento están protegidos por el artículo 18 de la CE³⁷, dado que «permiten conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal y, de ser objeto de tratamiento al que le asiste la protección de datos de tal carácter»³⁸.

Aquel precepto constitucional «no aporta por sí solo una protección suficiente frente a las realidades nuevas derivadas del progreso tecnológico, y que el constituyente, en el apartado 4 del precepto, pone de manifiesto la existencia de los riesgos asociados a ese progreso, encomendando al legislador el desarrollo de un instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona»³⁹.

Hay que recordar que el empresario para ejercer la facultad de control no requiere el consentimiento del trabajador; no obstante, aquel deberá ser informado de los medios de control adoptados por el empleador, así como la finalidad para la que han sido implantados. Asimismo, quién será la persona responsable del fichero de almacenamiento de datos y el tratamiento que se dará a los mismos⁴⁰; y cómo

³⁶ Poquet Catalá, R., “Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario”, en AA.VV. (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 179.

³⁷ Art. 18 de la CE:
«1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

³⁸ STSJ Madrid, de 21 de marzo de 2014 (rec.1952/2013).

³⁹ STC 58/2018, de 4 de junio.

⁴⁰ El Informe 193/2008 Agencia Española de Protección de Datos, en cuanto a la instalación de un sistema GPS en el automóvil facilitado a un trabajador, en el que tras reproducir el mandato del artículo 20.3 del ET señala que «la existencia de esta legitimación no excluye el cumplimiento

el trabajador debe ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de estos.

Dicho de otra manera, si uno de los pilares fundamentales para la licitud del control de los desplazamientos por medio de geolocalización es que la existencia de una relación laboral faculta a la empresa para ejercer sus facultades de control, ello conlleva que «cuando finaliza la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo, dichas facultades empresariales desaparecen y a partir de ese momento es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS»⁴¹.

Por lo que es «indiferente que los trabajadores se hagan cargo de los vehículos que utilizan» una vez finalizada la jornada laboral, sin que el poder de control empresarial dirigido a controlar y garantizar la integridad de estos dispositivos sea suficiente para prescindir del necesario consentimiento de los afectados. En este sentido, «la protección por la empresa de sus bienes y el control del uso que de ellos se haga una vez terminada la jornada de trabajo no constituye una excepción a la vigencia de la indicada regla general del consentimiento»⁴².

El derecho a la intimidad resulta afectado «si el empresario utiliza un sistema de control del trabajo de sus empleados que se desarrolla fuera de sus dependencias a través de un sistema de localización permanente del teléfono móvil que se facilitan como instrumento de trabajo sin consentimiento ni conocimiento de aquellos, máxime si estos han de tenerlo a su disposición en todo momento por estar sujetos a disponibilidad permanente»⁴³.

Sin embargo, no se puede considerar vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, en el caso de que «todos los comerciales conocían la instalación de estos dispositivos porque los mismos emitían un sonido cuando se abre el vehículo y se apaga al introducir la llave». Por tanto, «controlar el destino de sus vehículos y el modo de prestación del servicio por unos comerciales que pasaban buena parte de su jornada fuera del centro de trabajo». En el que el «GPS permanecía inactivo durante los días de vacaciones y fines de semana» se considera que dicha medida es la idónea con relación al fin perseguido⁴⁴.

del deber de informar, por parte del empresario previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica. En consecuencia, la actuación descrita en la consulta, genera el correspondiente fichero y en todo caso, será obligatoria su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica».

⁴¹ STSJ Asturias, de 27 de diciembre de 2017 (rec. 2241/2017).

⁴² STSJ Asturias, de 27 de diciembre de 2017 (rec. 2241/2017).

⁴³ STSJ País Vasco, de 2 de julio de 2007 (rec. 1175/2007).

⁴⁴ STSJ Comunidad Valenciana, de 2 de mayo de 2017 (rec. 3689/2016),

En este sentido, en cuanto al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el legislador ha señalado, en el artículo 87 de la LOPD, que los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador. Por tanto, el empresario podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores con el propósito de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

Asimismo, deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. El legislador ha querido dejar claro que, en su elaboración, deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empresario al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores; como, por ejemplo, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Empero, los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a lo que se ha hecho referencia.

Con relación a las nociones de centro de trabajo y a los nuevos sistemas de control de la actividad laboral, se ha manifestado que el «centro de trabajo potencialmente es ahora todo aquel que pueda ser objeto de geolocalización y el tiempo de trabajo también puede ser potencialmente todo aquel en el que la actividad pueda prestarse empleando las TIC (...) No es preciso el control directo por otra persona, el mando intermedio, ya que esta tarea puede encomendarse a sistemas de control automatizados sean cámaras, ordenadores, sistemas de geolocalización etc. Y además las TIC permiten acceder a un gran volumen de información y a su tratamiento rápido y barato mediante la creación de los correspondientes algoritmos que a través de la elaboración de perfiles acceden al conocimiento detallado de cuándo, cómo, dónde y con qué resultado se ha trabajado»⁴⁵.

El Tribunal Constitucional, en cuanto a los derechos fundamentales, ha señalado que aquellos «no implican privar al empresario de utilizar medios que supongan una intromisión en los mismos, puesto que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, y pueden ser objeto de limitaciones, siempre que estas

⁴⁵ SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019. En los mismos términos, SJS núm. 1 de Madrid, de 4 de abril de 2019.

tiendan de forma exclusiva y proporcionada a la protección de otros derechos y valores, como son la propiedad privada del empresario y la libertad de empresa»⁴⁶.

En el supuesto de una empresa que ofrece el servicio de que los clientes pueden saber dónde está su pedido a través de la geolocalización (Proyecto Tracker) se ha indicado que «si bien obedece a fines constitucionalmente legítimos en el desarrollo del derecho a la libre empresa como son el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente – de forma que éste pueda conocer en todo momento la ubicación de su pedido, dotando a la empresa de capacidad para proporcionar servicios que se afirma ya ofrecen otras empresas del sector- no supera a juicio de la Sala el necesario juicio de proporcionalidad (...) para la implantación del sistema de geolocalización por parte del empleador se ha prescindido de proporcional a los trabajadores la información a la que se refieren los arts. 12 y 13 LOPD»⁴⁷. De igual manera, se vulnera lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 90 de la LOPD.

Dicho en otros términos, la implantación unilateral por la empresa de aquel proyecto, en virtud del cual los repartidores son geolocalizados cuando realicen tareas de reparto mediante una app descargada en su teléfono móvil personal – que deben aportar a la actividad empresarial–, de manera que los clientes tengan conocimiento, en todo momento, del lugar en el que se encuentra su pedido. El mencionado proyecto vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores, por cuanto si bien la medida implantada obedece a un fin constitucionalmente legítimo como es el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente, no supera el necesario juicio de proporcionalidad, dado que el mismo resultado se podría haber obtenido con una menor injerencia en los derechos fundamentales a través de la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o a través de pulseras con tales dispositivos, sin que el repartidor tuviera la necesidad de aportar medios propios y, lo que es más importante, datos de carácter personal, como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.

Además, teniendo en cuenta que los datos de localización de una persona, a su vez, son datos de carácter personal, la empresa no informó a los trabajadores del tratamiento que iba a hacer de los mismos, tal y como impone el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de 1999, los actuales 12 y 13 del Reglamento 2016/679 y 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. De igual forma, tampoco proporcionó al Comité intercentros información previa apropiada y suficiente que explicara el concreto funcionamiento de la aplicación, esto es, cómo se iba a

⁴⁶ STC núm. 186/2000 (rec. 5103/1998).

⁴⁷ SAN núm. 13/2019, de 6 de febrero de 2019.

instalar en el teléfono móvil, a qué datos del terminal la misma debería acceder, qué concretos datos propios habría de aportar el trabajador para acceder a la aplicación, qué datos, en su caso, habría de archivar la misma y cómo iban a ser tratados los mismos.

La medida implantada, por consiguiente, se declara nula por vulnerar la legalidad ordinaria, ya que la exigencia de la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos efectuados supone un manifiesto abuso de derecho empresarial. Además de quebrar con la necesaria ajenidad en los medios que caracteriza el contrato de trabajo, se responsabiliza al repartidor de cualquier impedimento en la activación del sistema de geolocalización bajo sanción de suspensión del contrato de trabajo con la consiguiente pérdida del salario conforme el artículo 45.2 del ET, lo que implica la adopción de un régimen de infracciones y sanciones, vía contrato individual, obviando el artículo 58.1 del ET que encomienda tal misión a la negociación colectiva.

Empero, en otro supuesto, se rechaza la existencia de una violación del artículo 18 de la CE cuando «en ningún momento el GPS instalado en el coche de la empresa tiene por objeto captar imágenes íntimas de los trabajadores sino facilitar el control, incluso en beneficio de la propia seguridad de los trabajadores (y así se corrobora por las propias intenciones del trabajador recurrente al querer introducir el carácter peligroso de la vigilancia en los polígonos industriales). El uso de medios y dispositivos tipo GPS no se pueden considerar ilícitos, pues la empresa tiene un claro interés en tener localizados sus vehículos, lo que no incide en la violación de ningún derecho fundamental. Finalmente, tampoco parece razonable que la empresa, ante la comisión de faltas laborales, desvele las medidas de control y de seguridad tendentes a prevenir a disuadir o a posibles infractores, cuando se refieren a vigilancia sobre mercancías, que pueden ser sustraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales en un ámbito que no se puede considerar de intimidad o privacidad o de estricto control de una persona con un fin ilegal»⁴⁸.

En el mismo sentido, no debe olvidarse que se ha establecido «de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales (...)»⁴⁹. Por ello, al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos, según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD (...), tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. No hay en el ámbito laboral, por expresarlo, en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura

⁴⁸ STSJ de Galicia, de 6 de junio de 2014 (rec 903/2014).

⁴⁹ Entre otras, SSTC 98/2000, de 10 de abril y 308/2000, de 18 de diciembre.

ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa»⁵⁰.

La anterior doctrina indicada infiere, «como cuestión básica y fundamental, a los efectos del posible uso por parte del empresario de mecanismos de vigilancia y control de sus trabajadores que puedan incidir en una posible restricción de un derecho fundamental de estos, y en concreto del contemplado en el art. 18.4 de la CE, la necesaria y suficiente información a dichos trabajadores de su instalación, y de la finalidad que con la misma se persigue. Exigencia, en principio, que, por lo que se refiere al caso examinado se cumplió, siendo ello una cuestión que se declara expresamente acreditada en los hechos probados de la sentencia impugnada, según los cuales el actor tenía conocimiento de que en el vehículo de la empresa que usaba para realiza su trabajo se había instalado un GPS, y, además, el propio actor suscribió un documento sobre tratamiento de datos, en los que prestaba su expresa conformidad (...).

Y sigue diciendo dicha sentencia, como podrá comprobarse, el presente caso requiere de una precisión complementaria, en cuanto que en nuestra primera sentencia ya referenciada valoramos un caso en el que el trabajador conocía la instalación del GPS, y además había suscrito documento en el que daba su conformidad al tratamiento de datos. En el supuesto que nos ocupa sin embargo, se declara expresamente probado que el interesado conocía la instalación del GPS, pero no se considera acreditado que hubiera prestado consentimiento al tratamiento de datos.

Ahora bien, expuesto lo anterior, sigue diciendo dicha sentencia que “como se deriva de la STC 29/2013, de 11 de febrero de 2013, que ya citamos en nuestra anterior resolución, y que se alude de nuevo en el escrito de impugnación del recurso, las obligaciones específicas de información y las autorizaciones necesarias en los casos de tratamiento de datos, se refieren siempre a casos en los que se quiere utilizar la información en cuestión para usos distintos de los inicialmente previstos. En concreto, la mentada STC 29/2013 valora la utilización de la grabación de imágenes en un recinto universitario, cuanto la instalación y la autorización administrativa para ello se referían al control de acceso y seguridad de las dependencias, hasta el punto de que se hace notar que “ni siquiera estaban situados los aparatos de video- vigilancia dentro de las concretas dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral, sino en los vestíbulos y zonas de paso públicos”. Esto es, no estando previsto ni siendo previsible que las imágenes se usen

⁵⁰ STSJ de Castilla-La Mancha, de 23 de marzo de 2015 (rec 1775/2014).

para finalidades distintas de las inicialmente planificadas, entonces la aplicación de un uso diverso requiere de las correspondientes garantías específicas.

Y sigue diciendo dicha sentencia “pero el caso descrito nada tiene que ver con el que ahora nos ocupa, en el que los datos GPS utilizados son única y exclusivamente los generados por el movimiento del vehículo utilizado por el trabajador solo en jornada de trabajo y a los exclusivos efectos de realizar las funciones propias de la categoría. Cuestión distinta es que implantado el sistema GPS en un vehículo puesto a disposición del trabajador de manera permanente, por ejemplo, en caso de directivos o comerciales, resultara luego que se intentaran hacer valer los datos obtenidos en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral y a la prestación de servicios. Sin embargo si el sistema GPS se instala en el vehículo asignado precisamente para el desarrollo del servicio y para poder realizar las rutas de vigilancia, entonces no acertamos a discernir cómo puede separarse conceptualmente el control de posición de tal vehículo, de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador.

Expuesto lo anterior, habrá que concluir con la estimación del recurso, en cuanto la utilización de los datos ha sido para finalidad distintas a las previstas, ya que como queda dicho, el dispositivo de localización por GPS, tenía por finalidad “garantizar la seguridad y coordinación de ellos trabajos”, en definitiva, podían utilizarse por la empresa para la comprobación del cumplimiento de los deberes laborales del interesado, pero, como dice la sentencia anteriormente referenciada “cuestión distinta es que implantado el sistema GPS en un vehículo puesto a disposición del trabajador de manera permanente, resultara luego que se intentaran hacer valer los datos obtenidos en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral y a la prestación de servicios”, lo que es el caso, ya que se han utilizado dichos datos, no con la finalidad de control durante su jornada laboral, sino en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral, como era los periodos de baja por incapacidad temporal, para lo que no se encontraba autorizado, todo lo cual comporta la estimación del presente recurso, con la consiguiente declaración de nulidad del despido acontecido. al quedar constancia de que la actora no era conocedora, de la instalación del GPS, en el vehículo que conducía, para supuesto ajeno al control de su jornada de trabajo»⁵¹.

No solo a nivel nacional hay pronunciamientos al tema de estudio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que «el sistema GPS instalado en el automóvil que la empresa cedió al demandante por teóricas razones de seguridad se utilizó, en realidad, sin previo aviso, ni información al afectado, para conocer y tratar luego los datos relativos a los lugares en que estuvo en cada momento mientras lo conducía y, de este modo, buscar la probanza del modo en que realizó su prestación laboral, el carácter profesional del uso del vehículo en el exterior de

⁵¹ STSJ de Andalucía, de 19 de octubre de 2017.

la empresa y del trabajo desempeñado no empecen la realidad de una injerencia en los derechos que le asisten a la intimidad personal y protección de datos de esta índole, por lo que el procedimiento utilizado los violentó flagrantemente y, por ello, la prueba así obtenida de que quiere valerse la recurrente carece de eficacia alguna debido a su patente ilicitud»⁵².

6. CONCLUSIONES

En definitiva, la facultad de control del empresario a través de la geolocalización se tiene que ejercer conforme al marco legal establecido al efecto y con los límites inherentes a aquel. La legitimidad de su uso en el ámbito laboral viene enfocada para que se cumpla con el marco legal aplicable en cada supuesto. Por tanto, los requisitos específicos es que el empleador informe a los trabajadores, por una parte, sobre el uso de un dispositivo GPS y las características de aquel. Por otra, informar, en su caso, a los representantes de los trabajadores. Por último, el derecho que tienen los trabajadores de ejercer los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de los datos. Se destaca que no se precisa el consentimiento del trabajador, pero se requiere la información antes mencionada.

Dicho de otra manera, las limitaciones que tiene el empleador para utilizar los dispositivos de geolocalización son, por un lado, la de informar de manera «expresa, clara e inequívoca» en cuanto a la existencia y características de aquellos⁵³. Por otro, informar a los representantes de los trabajadores. Finalmente, el derecho que tienen los trabajadores, como ya se ha comentado, de ejercer los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de los datos.

La información se puede facilitar por escrito o a través de medios electrónicos. Por ejemplo, se puede realizar mediante formularios web, formulario en papel, registro en aplicaciones móviles, contratos, cláusulas y enlaces, entre otros. En el caso de que se traten datos personales que no aporte el trabajador, dado que el empresario los tiene, puede enviarse por correo postal con acuse de recibo o por la intranet de la empresa. Lo importante es que el empleador, en su caso, pueda acreditar el cumplimiento de su deber de información con el objeto de verificar el cumplimiento de la obligación⁵⁴.

Por tanto, el trabajador debe tener toda la información concerniente, lo ideal es que se utilice el sistema de geolocalización, ya sea vehículo, móvil o cualquier

⁵² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 2010.

⁵³ STSJ de Asturias, de 30 de marzo de 2017 (rec. 2997/2016).

⁵⁴ Blazquez Agudo, E., “Nuevas formas de control empresarial: desde los GPS hasta el más allá”, en (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 162-163.

otro instrumento de propiedad del empleador, en la jornada de trabajo. Empero, en el supuesto de que se utilizara tanto en la jornada laboral como horarios fuera de aquel (personal) el control solo es justificado en el horario de trabajo.

El segundo apartado del artículo 90 de la LOPD indica de manera expresa que los empleadores tienen que informar sobre la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión. Aquellos derechos, evidentemente, tienen que materializarse según lo dispuesto en la norma al efecto; y el responsable del tratamiento, en este caso el empleador, tiene que atender toda solicitud de ejercicio de derechos dentro del plazo de un mes, que puede ampliarse teniendo en consideración la complejidad y el número de solicitudes por dos meses. La redacción de aquel precepto mantiene la interpretación que vienen haciendo con relación al uso de los sistemas de geolocalización en el marco del derecho fundamental a la protección de datos e intimidad⁵⁵.

En este sentido, se afirma que tanto el derecho a la intimidad (art. 18.1 de l CE) como la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 de la CE) no privan al empleador de implementar herramientas que supongan una intromisión en aquellos, dado que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto; por lo que pueden ser objeto de limitaciones cuando aquellas tiendan de manera exclusiva y proporcionada a la protección de otros derechos y valores – como es la propiedad privada del empleador y la libertad de empresa-⁵⁶.

Con relación al principio de proporcionalidad, mecanismo establecido por la doctrina constitucional, se supedita la legitimidad y validez de la medida empresarial adoptada a que sea, por una parte, idónea; es decir, adecuada para conseguir el objetivo propuesto. Por otra, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada que permita alcanzar el objetivo fijado, con iguales resultados. Por último, equilibrada en relación a la finalidad pretendida; dicho en otros términos, proporcionada en sentido estricto de manera que se trate de una

⁵⁵ López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. (Coords. Monreal Bringsvaerd, E., Thibault Aranda, X. y Jurado Segovia, Á.), *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 422.

⁵⁶ Poquet Catalá, R., “Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario”, en AA.VV. (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 191.

medida ponderada, por derivarse de ella más beneficios sobre el interés general que perjuicios sobre otros bienes, especialmente del trabajador en concreto⁵⁷.

Por consiguiente, uno de los pilares fundamentales para la licitud del control de los desplazamientos por medio de dispositivos GPS y del tratamiento de los datos personales obtenidos es que la existencia de relación laboral faculta a la empresa para establecer algunos límites a derechos fundamentales de los trabajadores. Cuando finaliza la jornada laboral, las facultades empresariales desaparecen y el contrato deja de constituir un vínculo entre las partes que ampara el poder de la empresa para imponer las medidas implantadas. A partir de ese momento, es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento de aquellos dispositivos y para el análisis automatizado de los datos personales. Es indiferente que, al finalizar la jornada laboral, los trabajadores se hagan cargo de los vehículos que utilizan. La protección por la empresa de sus bienes y el control del uso que de ellos se haga una vez terminada la jornada de trabajo no constituye una excepción a la vigencia de la indicada regla general⁵⁸.

Como señala la doctrina, por una parte, hay que esperar «que el escueto régimen jurídico-legal lleve a los órganos judiciales a realizar esta interpretación sistemática en aras a la aplicación del resto de avales reconocidas en la presente Ley de Protección de Datos, tal y como ya se ha venido realizando algún pronunciamiento de suplicación y la propia Agencia de Protección de Datos. En todo caso, de los que no cabe duda es (que) queda excluido el seguimiento intensivo o ilimitado, debiendo existir algún mecanismo que permita desactivar el sistema fuera de las horas de trabajo, pues la geolocalización no debe servir para prolongar la subordinación del trabajador más allá del límite temporal determinado por la prestación pactada y tampoco cabe repercutir los datos obtenidos extramuros del tiempo de trabajo en el ámbito contractual»⁵⁹.

Por otra, «se ha venido mostrando la importancia que supone un posible fortalecimiento del marco normativo, para que, de esta manera, el trabajador verdaderamente esté informado de que su comportamiento está siendo vigilado de una manera clara y, sobre todo, transparente. Además, en este sentido es igualmente necesario que las partes, dentro de la relación, velen por sus intereses contrapuestos de forma justa, sin que exista una imposición de la libertad de empresa frente a la dignidad de los trabajadores»⁶⁰.

⁵⁷ Vid. Reyes Herreros, J. y Alcaide, L., “Geolocalización de trabajadores”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, pág. 73.

⁵⁸ STSJ Asturias, de 27 de diciembre de 2017 (rec. 2241/2017).

⁵⁹ Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: Garantías e interrogantes*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 231-232.

⁶⁰ Araguëz Valenzuela, L., “Relación laboral digitalizada en término de justicia y control tecnológico: especial referencia al sistema de geolocalización”, en (Dir. Rodríguez-Piñero Royo,

Asimismo, avalando la reforma de la legislación laboral se requiere «un nuevo título para regular los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales, despejando las incertidumbres del ejercicio de dichos derechos fundamentales en igualdad y sin discriminaciones y en relación con las tecnologías de la información y la comunicación, con el entorno tecnológico digital que es una realidad insoslayable, virtualmente ausente del ET»⁶¹.

Por último, se ha valorado que el objeto de estudio se «trata de un planteamiento excesivamente reduccionista, ya que sólo se reconoce a la intimidad y, sin embargo, los trabajadores y empleados públicos también son titulares de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad informática - que a pesar del estrecho parentesco que guardan con el derecho a la intimidad personal, son autónomos e independientes de este -. Además, es simplista por cuanto que los arts. 89 y 90 de la LOPD, en rigor, se limitan a regular el derecho a la intimidad informática de los trabajadores y empleados públicos frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos y de sistema de geolocalización, remitiéndose en cuanto a las condiciones del ejercicio de las funciones de control a través de estos dispositivos al marco legal correspondiente»⁶².

Dicho de otra manera, que al referirse a una normativa que regula perfiles de derechos fundamentales la norma es criticable. Bajo este contexto, «la crítica al legislador puede centrarse, en primer lugar, en la falta de precisión a la hora de configurar la justificación legítima de la empresa para delimitar la intensidad del control. En segundo lugar, en la falta de recepción normativa eficiente de los principios clásicos de la doctrina constitucional de proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Y, en tercer lugar, en la debilidad con la que se configura el derecho esencial de información que forma parte de aquellos derechos fundamentales»⁶³.

M. y Todolí Signes, A.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 216.

⁶¹ Casas Baamonde, M., “Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2018, págs. 118-119.

⁶² Roqueta Buj, R., “El derecho a la intimidad frente a la videovigilancia en el ámbito laboral”, en AA.VV. (Coords. Monreal Bringsvaerd, E., Thibault Aranda, X. y Jurado Segovia, Á.), *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 253.

⁶³ López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “Derecho a la intimidad y a la protección de datos y licitud de la prueba en el proceso laboral”, en AA.VV. (Coords. Monreal Bringsvaerd, E., Thibault Aranda, X. y Jurado Segovia, Á.), *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 423.

Empero, hay que resaltar que aquellos derechos que tienen los trabajadores están sujetos a unos límites, dado que no son absolutos⁶⁴. Por lo que debe tenerse en cuenta que el derecho de supresión no se podrá llevar a cabo cuando el tratamiento de los datos personales obtenidos a través de la geolocalización se requiera necesarios o indispensables en los siguientes supuestos que señala el RGPD:

- a) El cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento [art. 17.3 b)].
- b) El cumplimiento de una misión realizada en interés público o en ejercicios de poderes públicos conferidos al empleador [art. 17.3 b)].
- c) Por razones de interés público en el área de la salud pública [art. 9.2 h) e i) y 3, 17.3 c)].
- d) Para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones [art. 17.3 e)].

Por último, hay que destacar que la negociación colectiva, en cualquier caso, es un cause eficaz para que se asuman soluciones equilibradas en un aspecto tan ligado a la intimidad, privacidad y autodeterminación informativa como son los dispositivos de geolocalización. «Aunque no demasiados, los casos de éxito en la negociación colectiva muestran interesantes resultados acerca del fiscalizador del GPS mientras se trabaja y la posibilidad de desconectarlo cuando el vehículo de la empresa está en funciones de uso particular»⁶⁵.

Por ello, se afirma que mientras «la norma heterónoma no proceda a alcanzar semejante anhelo, los códigos de conducta, las reglamentaciones internas o los convenios colectivos deben jugar un papel crucial y completar semejante laguna, con el objetivo de dar seguridad jurídica a ambas partes de la relación sobre el uso de geolocalizadores. En este sentido, la empresa debe establecer con carácter previo las reglas sobre utilización de estos dispositivos, qué se puede hacer y qué no está permitido, para inmediatamente después informar a las personas trabajadoras sobre dichas pautas»⁶⁶.

⁶⁴ Sagardoy De Simón, I., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, págs. 53 y 54.

⁶⁵ Cuadros Garrido, M., “La protección de los derechos fundamentales de la persona trabajadora ante la utilización de GPS: ¿reformulación o continuidad?”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 42, 2020, pág. 17.

⁶⁶ Fernández Fernández, R., “La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 452, 2020, págs. 145-46.

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO CATEGORÍA JURÍDICA*

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: Ciberacoso, acoso en el trabajo, acoso sexual, TICs

Este estudio se ocupa de analizar críticamente la relevancia práctica que puede desplegar la categoría “ciberacoso en el trabajo” en los campos doctrinal, judicial, empresarial o normativo. Para ello, examina las principales especificidades derivadas del uso de tecnologías de información y comunicación respecto a la identificación, prevención y acreditación de los distintos tipos de acoso, así como en relación con la imputación de responsabilidades a la empresa. Finalmente, se defiende que el “ciberacoso en el trabajo” no tiene entidad suficiente como para configurarse como un tipo de acoso, pero sí que puede operar como una técnica para detectar determinados problemas interpretativos o aplicativos, lo cual resulta particularmente útil en lo que refiere a la prevención y a la imputación de responsabilidades.

ABSTRACT

Keywords: Cyberbullying, workplace bullying, sexual harassment, ICTs

This study analyzes the usefulness of the category “cyberbullying at work” in the doctrinal, judicial, business or regulatory fields. To do this, it examines the influence of communication technologies on the identification, prevention, evidence-gathering and liability of bullying or harassment. In conclusion, it is argued that “cyberbullying at work” cannot be considered a specific type of harassment or bullying, but nevertheless, this category can be useful in order to identify certain issues, especially in regard to liability or occupational health and safety.

* Este texto recoge la comunicación presentada al Seminario Internacional “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”, celebrado online en la Universidad de Sevilla los días 4 y 5 de febrero de 2021. El estudio se ha realizado en el marco del Subproyecto de la Universidad de Sevilla DER2017-83488-C4-1-R “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” en el marco del proyecto coordinado “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la economía digital”.

ÍNDICE

1. LA POSIBLE ESPECIFICIDAD DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO ENTRE LOS TIPOS DE ACOSO
2. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LA IDENTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA Y A SU GRAVEDAD
3. EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL ACOSO CIBERNÉTICO
4. LA DIFUMINACIÓN DEL TIEMPO Y EL ESPACIO Y LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA EMPRESA
5. PARTICULARIDADES EN TORNO A LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JUDICIALES O EN LOS
6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS O DISCIPLINARIOS
7. CONCLUSIONES

1. LA POSIBLE ESPECIFICIDAD DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO ENTRE LOS TIPOS DE ACOSO

En términos generales, podríamos definir el “acoso” como una forma de violencia psicológica que consiste en generar un entorno humillante o degradante para las personas que la sufren. Normalmente, el acoso se produce a través de la acumulación o reiteración de una pluralidad de comportamientos sistemáticamente relacionados entre sí. Ciertamente, la repetición o sistematicidad no se configura en todos los casos como un requisito absolutamente necesario para determinar la concurrencia de acoso, pero, en todo caso, a menudo es un dato relevante, dado que una de las principales funcionalidades de esta categoría analítica es que permite relacionar entre sí diversas conductas aparentemente aisladas para obtener una percepción más adecuada de su intensidad y de su gravedad reales, a partir de una visión de conjunto de sus efectos globales sobre la víctima.

Posiblemente, el término “acoso”, sin más adjetivos, resulte excesivamente abstracto como para resultar operativo, de modo que normalmente es necesario introducir una categoría más precisa que se refiera a alguna de sus modalidades. A este respecto, podríamos plantearnos en qué medida el “ciberacoso” constituye legítimamente una categoría específica y relativamente autónoma dentro de las variedades de acoso. Esta no es una cuestión ontológica, sino de orden práctico, dado que los tipos de acoso son simplemente herramientas que se utilizan para satisfacer determinados propósitos, ya sea científicos, preventivos, sancionadores o reparadores.

Una primera clasificación distingue las variedades de acoso en relación con el ámbito o contexto social en el que se producen los comportamientos, lo que puede ser relevante a la hora de identificar la etiología de la conducta, las circunstancias de su producción o sus consecuencias, a efectos de prohibir, prevenir o sancionar las conductas controvertidas. De este modo, han adquirido relevancia los términos de “acoso escolar”, “acoso en el trabajo”, “acoso callejero” o incluso “acoso telefónico”.

En la actualidad, una parte muy importante de la vida social de las personas se desarrolla en “escenarios digitales” o “virtuales”, donde tienen lugar todo tipo de interacciones sociales (educativas, profesionales, económicas, sexuales, personales, lúdicas, etc.)¹. Por ello, es posible plantearse que las formas de violencia psicológica que aparecen en estos nuevos contextos -o, al menos, algunas de ellas-, adquieren una cierta especificidad que aconseje la creación de una categoría autónoma. Así, por ejemplo, el “acoso en las redes” puede producirse sin ninguna conexión con la pertenencia a una organización, distinguiéndose así del acoso laboral o escolar y diferenciándose también del acoso sexual callejero por las particularidades del medio en el que se manifiesta. No obstante, esta categorización es discutible, dado que las nuevas tecnologías han penetrado prácticamente en todos los ámbitos de la vida, de manera que los “escenarios digitales” no solo pueden contemplarse como un contexto particular para la violencia psicológica, sino que también se integran en cada uno de los espacios sociales relevantes que resultan concebibles. Así, por ejemplo, un acoso laboral o un acoso escolar pueden producirse a través de las nuevas tecnologías de información y comunicación o llevarse a cabo en escenarios digitales.

Nuestro estudio se enfoca precisamente en los supuestos, que pueden considerarse al mismo tiempo “acoso en el trabajo” y “ciberacoso” o en los que la adscripción a una u otra categoría resulta problemática. A grandes rasgos, el ciberacoso en el trabajo sería la violencia psicológica producida a través de las tecnologías de información y comunicación que genera un ambiente de trabajo humillante o degradante para las personas que prestan servicios en el seno una organización, sea cual sea la naturaleza jurídica del vínculo que los una a esta.

Los trabajos académicos relativos al “ciberacoso” en el ámbito escolar son muy abundantes, pero, en cambio, no existen muchos estudios relativos al contexto de las relaciones de trabajo². De hecho, estos trabajos a menudo toman el ciberacoso como punto de partida para analizar problemas que están también presentes en otras formas de acoso. Por otra parte, la figura no aparece expresamente recogida en la legislación española. Ciertamente, el Convenio 190 de la OIT -todavía pendiente de ratificación por España- toma en consideración la posibilidad de que el acoso se lleve a cabo a través de tecnologías de información y comunicación [art. 3.2 d)], pero

¹ Con carácter general, nos hemos ocupado de este fenómeno en Álvarez del Cuervo, A., “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales”, *Temas Laborales*, nº 151, 2020, p. 279. La situación provocada por la pandemia de la Covid-19 no ha hecho sino incrementar estas interacciones “virtuales” en todo tipo de contextos.

² Subrayan esta relativa escasez de estudios West. B., Foster. M., Levin, A., Edmison, J., Robibero, D., “Cyberbullying at Work: In Search of Effective Guidance”, *Laws*, nº 3, 2014, pp. 598-599; de Stefano, Durri, Stylogiannis y Wouters, “*Actualización de las necesidades del sistema*”: *mejora de la protección frente al ciberacoso y la a violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*, Documento de Trabajo de la OIT 1, Ginebra, OIT, 2020, p. 3.

no por ello establece una categoría específica. Asimismo, el examen preliminar de las bases de datos más utilizadas permite inferir que este término prácticamente no aparece en la negociación colectiva ni en las resoluciones judiciales relacionadas con el contexto laboral u organizativo (se utiliza, en cambio, en los delitos de abuso sexual de menores de edad). A este respecto, cabe preguntarse si es posible u oportuno construir a efectos doctrinales, jurisprudenciales e incluso normativos, una categoría específica de “ciberacoso en el trabajo”.

Desde la perspectiva jurídica, las modalidades de “acoso en el trabajo” se refieren fundamentalmente a la determinación de los bienes jurídicos, derechos o intereses que se ven afectados particularmente en cada caso³. Ciertamente, todas las formas de acoso vulneran el derecho a la integridad moral -dado que se caracterizan como conductas humillantes o degradantes-, pero generalmente también afectan a otros derechos fundamentales como la integridad física, el derecho al honor, el derecho a la intimidad o la prohibición de discriminación, en función de sus manifestaciones concretas. En particular, la construcción histórica de los distintos conceptos de acoso ha estado muy vinculada a la relevancia que se ha atribuido a la tutela antidiscriminatoria en el derecho norteamericano y, posteriormente -bajo su influjo jurídico y cultural-, en el derecho de la Unión Europea. En efecto, en el ámbito norteamericano, donde, como es sabido, la regulación federal de la relación individual del trabajo es poco intensa, la prohibición de discriminación se configura como el límite más claro y contundente al poder privado del empresario a partir de la promulgación de la *Civil Rights Act* de 1964. Asimismo, en el contexto de la Unión Europea, el principio de igualdad de trato constituye uno de los campos de intervención temprana de la política social en un espacio político constituido en un principio con una finalidad fundamentalmente económica.

Así, en un primer momento se identifican el acoso sexual y el acoso sexista como conductas discriminatorias por razón de sexo que dificultan la integración de las mujeres en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad y que, por tanto, deben estar expresamente prohibidas por el ordenamiento⁴. Aunque estas formas

³ En este sentido, Molina Navarrete, C., “Delimitación conceptual. ¿Qué sabe la razón jurídica del acoso moral laboral (mobbing)? Los persistentes dilemas sobre su conceptualización y otras formas de tutela”, en AAVV, *Tratamiento integral del acoso*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1173

⁴ El concepto de acoso sexual -que inicialmente abarcaba también el acoso sexista- aparece a partir de la experiencia compartida de un grupo de mujeres de la Universidad de Cornell en 1974 (a este respecto, *Vid.* Pérez Guardo, R. y Rodríguez Sumaza, C., “Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social”, *Cuadernos De Relaciones Laborales*, 31, 1, 2013, p. 197). Posteriormente, sería utilizado por el activismo feminista en el plano jurídico, de modo que terminó incorporándose a algunas resoluciones judiciales en la segunda mitad de los años 70. La nueva categoría adquirió una notable popularidad a partir de la famosa obra de MacKinnon, C.A., *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University, New Haven y Londres, 1979, en la que se razonaba que estos comportamientos eran discriminatorios conforme al título VII de la *Civil Rights Act* y, por tanto, resultaban ilícitos.

de acoso afectan también a otros derechos fundamentales, su relevancia en el plano normativo está ligada al impulso de la lucha contra la discriminación por razón de sexo/género, que determina su concreción como categorías específicas de acoso, dotadas de un régimen jurídico particular.

Asimismo, en el ordenamiento español, este régimen específico se diferencia significativamente respecto del establecido con carácter general para otras causas de discriminación, debido al particular interés del legislador por abordar el problema de las desigualdades sistemáticas que sufren las mujeres, en tanto que estas afectan a la mitad de la población. Este régimen jurídico particular unifica el tratamiento preventivo y sancionador del acoso sexual y del acoso sexista, no obstante lo cual, en términos analíticos o teóricos, en nuestra cultura jurídica, ambas formas de acoso generalmente se consideran como dos modalidades distintas, diferenciadas entre sí en función de si la conducta controvertida tiene o no un carácter sexual; a nuestro juicio, esta distinción es relevante porque todas las conductas humillantes o degradantes de naturaleza sexual suponen siempre y en todo caso una afectación al derecho a la intimidad, que no necesariamente aparece en otras formas de acoso por razón de sexo, lo que implicaría una importante diferencia respecto a los bienes jurídicos afectados.

Por otra parte, las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, no solo prohíben el acoso sexual o sexista, sino que también se preocupan del acoso fundado en el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual⁵. En el ordenamiento español, la regulación de todas estas formas de acoso es idéntica -al contrario de lo que sucede con el acoso sexual y sexista-, por lo que podríamos agruparlas en una única categoría jurídica de “acoso discriminatorio”.

Adicionalmente, aunque no está expresamente regulado en nuestro ordenamiento, no hay inconveniente para identificar una categoría de “acoso antisindical”, que operaría de manera similar a los acosos discriminatorios, pero que habría de combatirse a partir del marco normativo de protección de la libertad sindical.

De manera más tardía, en la Unión Europea, la Recomendación 92/131/CEE establecía un concepto de acoso sexual que abarcaba también comportamientos de carácter sexista; posteriormente, la Directiva 2002/73/CE y luego la Directiva 2006/54/CE distinguirían conceptualmente entre el acoso sexual y el acoso sexista, aunque no establecen diferencias específicas en lo que refiere al tratamiento jurídico. Estos conceptos son recogidos en el ordenamiento español a través de la LOIEMH de 2007, que también proporciona un tratamiento normativo conjunto.

⁵ *Vid.* art. 2.3 de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE. Ambos han sido transpuestos -de manera muy descuidada- por el legislador español en el art. 28 d) de la Ley 62/2003, los arts. 4.2 e) y 54.2 g) ET, el art. 8.13 bis LISOS. Asimismo, el Real Decreto Legislativo 1/2013 se refiere específicamente al acoso por razón de discapacidad.

Ahora bien, existen otras formas de acoso en el trabajo que no afectan a la prohibición de discriminación ni a la libertad sindical, aunque sí que vulneran la integridad moral y, en algunos casos, otros derechos fundamentales -como la integridad física, la propia imagen o el derecho al honor- y que, por tanto, tampoco pueden admitirse de ningún modo en el seno de las relaciones de trabajo. Estas formas de violencia se agrupan en una sola categoría para la cual se han utilizado diversas denominaciones: acoso moral, acoso laboral, mobbing o bullying; nosotros utilizaremos el término “acoso moral”, que es el que entendemos más preciso.

Al contrario de lo que ha sucedido con el acoso sexual o sexista y con los acosos discriminatorios, la caracterización inicial de esta forma de acoso no proviene del Derecho, sino de la Psiquiatría y la Psicología⁶. Posteriormente, a pesar de que el uso de estas categorías se ha generalizado más allá del ámbito científico en el que nacieron, para extenderse al conjunto de la sociedad, el impulso legislativo por regular estas formas de violencia ha sido muy limitado y, a veces, inexistente⁷. En particular, el legislador español, en lo que refiere al ámbito laboral, solamente ha incorporado algunas referencias oblicuas, pero no una definición normativa apropiada ni un régimen jurídico distinto del que se aplica a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales⁸. Sin embargo, el acoso moral -o

⁶ En 1969, el médico sueco Paul Heinemann utilizó el concepto de “mobbing” -inicialmente acuñado por el etólogo Konrad Lórenz- para designar una conducta observada en el ámbito escolar en el que un solo niño o niña era hostigado por un grupo entero, en analogía con el comportamiento de algunas especies animales. Posteriormente, en la segunda mitad de los 80, el psiquiatra alemán-sueco Heinz Leymann lo “rescató” aunque para referirse a una mayor diversidad de conductas de violencia psicológica producidas en el ámbito laboral. A finales de los noventa, la psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen acuñó el término de “acoso moral” (*harcelement moral*) para referirse a este tipo de comportamientos.

⁷ Respecto a la ausencia de regulación específica, *Vid*, por todos, Romero Ródenas, M^a J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 13 y 35-36. Resulta de interés la relativización de la importancia práctica de las lagunas normativas que se hace en Molina Navarrete, C., “Delimitación conceptual...”, *Op. Cit.*, pp. 1164, 1167, 1173, 1179-1194 y 1213.

⁸ Así, por ejemplo, diversos preceptos de la LRJS [arts. 2f) 95.3, 96.2, 177.1 y 3, 180.4, 286.3 y 297.2] presuponen la prohibición del acoso moral, aunque esta no se hace explícita en el ET ni en la LISOS, sino que debe deducirse de la consideración de que este comportamiento vulnera de derechos fundamentales. En cambio, la prohibición sí aparece recogida expresamente para los empleados públicos en los art. 14 h) y 95.2 b) del EBEP, si bien sigue sin incorporarse una definición analítica del término. Por último, algunos supuestos de acoso moral podrían ser sancionados desde la óptica penal en base al art. 173 CP, si bien hay que tomar en consideración que, en el ámbito penal, la interpretación de los tipos es restrictiva y que, por tanto, puede haber ilícitos laborales que no constituyan delito. La ausencia de un concepto legal de acoso moral a efectos laborales ha tenido como consecuencia que las resoluciones judiciales hayan tendido a preocuparse de manera excesiva por la aparentemente inútil tarea de delimitar un concepto que no existe en el derecho positivo ni implica consecuencias jurídicas específicas, seguramente

las categorías equivalentes- ha sido tomado en consideración en las resoluciones judiciales, estudiado de manera muy completa por la doctrina académica y, en algunos casos, tipificado en la negociación colectiva. Como consecuencia de todo ello, la noción de “acoso moral” está muy consolidada en la reflexión jurídica, a pesar de las deficiencias presentes en la regulación positiva.

A nuestro juicio, dado que a grandes rasgos no existe un tratamiento normativo específico del “acoso moral”, sino que en estos casos se aplica simplemente el régimen general previsto para las vulneraciones de los derechos fundamentales, no tiene mucho sentido poner el énfasis en la delimitación del concepto a partir de determinados requisitos extraídos de la literatura médica o psicológica -como frecuentemente han hecho los órganos judiciales-, sino que más bien la noción de acoso puede utilizarse en determinados momentos como una estrategia operativa para identificar determinadas vulneraciones de derechos fundamentales, porque sea necesario contemplar de manera conjunta una serie de conductas diferenciadas, pero relacionadas sistemáticamente entre sí, para apreciar la gravedad de una situación determinada. En otros supuestos, en los que la intensidad de la vulneración de los derechos fundamentales puede apreciarse sin postular un proceso sistemático de victimización, la violencia podrá calificarse o no como acoso, pero ello no parece particularmente relevante. Solo en este sentido, la reiteración o sistematicidad se convertiría en un “requisito” de la existencia de acoso, siempre que se admita que pueden existir otras formas de violencia en el trabajo que resulten inaceptables porque vulneran la dignidad de la persona.

En este contexto general, resulta palpable que el “ciberacoso en el trabajo” no constituye una categoría específica de acoso que pueda diferenciarse del acoso sexual, sexista, discriminatorio o moral, por cuanto esta conducta no afecta a un bien jurídico diferenciado. Al contrario, cualquiera de estas modalidades de violencia en el trabajo podría producirse en “escenarios digitales” a través del uso de tecnologías de la información⁹. De hecho, es perfectamente posible que un proceso sistemático de acoso sexual, sexista, discriminatorio o moral implique una

como estrategia -disfuncional- para afrontar el problema de la distinción entre el acoso y la mera conflictividad en el trabajo. Para ello, la calificación de “acoso” se termina vinculando a parámetros médicos o psicológicos (concebidos con una finalidad diferente a la que tiene la tutela jurídica) o incluso exige la concurrencia de requisitos -como la intencionalidad- que no están presentes en la doctrina general de la vulneración de los derechos fundamentales. Ciertamente, esta doctrina debe entenderse superada por la STC 56/2019, pero todavía puede desplegar algunos efectos perniciosos tanto en el ciberacoso moral como en el que se lleva a cabo en el espacio físico. En este contexto, puede adquirir relevancia la eventual ratificación y la futura entrada en vigor del Convenio 190 de 2019 de la OIT que, seguramente con buen criterio, difumina el concepto de acoso, enmarcándolo en la categoría más amplia de violencia en el trabajo. De este modo, en sede judicial lo determinante no es tanto calificar la conducta en términos médicos, como determinar si ha existido violencia y cuál han de ser las consecuencias jurídicas a aplicar.

⁹ Vid. Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, Op. Cit., p. 78.

diversidad de actos, producidos tanto en el ámbito digital como en el espacio físico (o a través de medios de comunicación no digitales); en este sentido, el ciberacoso en el trabajo no es equiparable a las formas de acoso cibernético, que se producen entre personas que nunca están presentes “cara a cara” o que no pertenecen a la misma organización, sino que se asimila en mayor medida a las manifestaciones de violencia en el trabajo anteriormente descritas. Por ello, en principio, no podemos hablar del “ciberacoso en el trabajo” como un tipo concreto de acoso, al menos en el mismo nivel conceptual en el que se desenvuelven las categorías generalmente utilizadas. No obstante, cabe preguntarse si estas diferencias en el medio utilizado para llevar a cabo el comportamiento violento resultan relevantes a efectos interpretativos o incluso de política jurídica. En este trabajo nos ocuparemos de examinar las posibles consecuencias jurídicas de las especificidades de esta forma de acoso, para llegar a alguna conclusión sobre la conveniencia de su uso como categoría analítica o de su incorporación al derecho positivo.

A este respecto, nos ocuparemos de las especialidades relativas a la calificación de la conducta, los deberes de prevención del empresario, la difuminación de los factores temporales y espaciales y las dificultades o facilidades de prueba.

2. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LA IDENTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA Y A SU GRAVEDAD

Como primer elemento de especificidad, puede examinarse en qué medida el hecho de que los comportamientos controvertidos se produzcan a través de nuevas tecnologías puede afectar a la identificación de la conducta o a la determinación de su gravedad a efectos preventivos, sancionadores o de tutela judicial. A este respecto, podemos tomar en consideración tres tipos de factores: a) las formas concretas a través de las cuales se manifiesta la conducta acosadora en el contexto digital; b) las diferencias de significación de la conducta en los escenarios digitales y c) el potencial efecto multiplicador de las consecuencias sobre la víctima.

Las formas que asume la conducta acosadora

En el medio digital la conducta acosadora puede manifestarse a través de comportamientos muy específicos, que, o bien no tienen lugar en el espacio físico, o bien en este ámbito adquieren una significación particular. Así, por ejemplo, en los escenarios digitales pueden adquirir cierta relevancia conductas como la suplantación de identidad en las comunicaciones telemáticas, el acceso a información privada, la distribución masiva de datos íntimos de una persona -como imágenes o vídeos sexuales-, la difusión de expresiones injuriosas o acusaciones falsas y, en algunos casos, incluso la exclusión de comunidades virtuales o de la participación en

comunicaciones electrónicas¹⁰. Sin embargo, esta situación no conlleva problemas significativos para la calificación del acoso; simplemente, estos comportamientos se añaden a la enorme diversidad de conductas susceptibles de integrarse en un proceso de acoso por sus efectos reales o potenciales en la generación de un entorno humillante o degradante. En función de las circunstancias del contexto -e incluso de la estrategia procesal adoptada por la parte-, se considerará que estas conductas se integran en un acoso sexual o sexista, un acoso discriminatorio, un acoso moral, o incluso podrá contemplarse que no constituyan estrictamente acoso, pero que aún así vulneran derechos fundamentales y, por tanto, resultan inaceptables.

En particular, los escenarios digitales facilitan la producción de comportamientos lesivos de la dignidad constituidos por actos de comunicación que no se dirigen directamente a la víctima, sino a su entorno laboral, personal o familiar, pero que terminan causando un impacto sobre ella. Así sucede, por ejemplo, con la difusión de imágenes de carácter sexual de una persona sin su consentimiento. Ciertamente, esto puede suceder también en el espacio físico (rumores, maledicencia, provocación de aislamiento social...), pero las posibilidades de llevar a cabo estas conductas se expanden enormemente en el ámbito digital, lo que puede afectar, como se verá, a la gravedad del comportamiento. De cualquier modo, como ya se ha dicho, no parece que esto suponga especiales problemas para la identificación de la conducta como ilícita. En los casos en los que sea relevante la calificación de la conducta como “acoso”, por ejemplo, para aplicar el régimen específico del acoso sexista, bastaría con tomar en consideración que, para que exista acoso, no es necesario que la comunicación se dirija directamente a la víctima, sino que basta con que tenga la intención o el efecto -cualquiera de las dos cosas- de producir un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio, humillante o degradante; de hecho, en el caso del acoso sexual basta con determinar que la conducta tenga naturaleza sexual y atente o pretenda atentar contra la dignidad, sin que ni siquiera sea obligada la referencia al ambiente de trabajo.

En todo caso, como veremos más adelante, la especificidad de los comportamientos puede tener más relevancia en lo que respecta a la prevención de riesgos laborales.

¹⁰ Se mencionan algunos ejemplos de estas conductas en Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, *Op. Cit.*, p. 81; de Vicente Pachés, F., *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 33, 51, 82, 131, 138 y “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Información Laboral*, nº 2, 2017, BIB 2017/634, pp. 10-20 del ejemplar electrónico. Como se verá más adelante, algunos protocolos antiacoso enuncian expresamente estas conductas.

Las diferencias de significación de la conducta

En otro orden de cosas, podría plantearse la posibilidad de que el uso de medios tecnológicos afecte a las expectativas de comportamiento que condicionan la interpretación del contexto en el que se produce la conducta cuestionada.

Normalmente se considera que la calificación de acoso requiere la generación de un entorno de trabajo hostil, humillante, degradante o intimidatorio. Este es un concepto jurídico indeterminado, que exige aplicar pautas valorativas que permitan distinguir la conducta ilícita de las interacciones sociales consideradas “normales” o incluso de la simple falta de cortesía, profesionalidad o habilidad social en la gestión de conflictos profesionales o interpersonales. En estos casos, el ordenamiento jurídico normalmente acude a los “valores sociales dominantes” en el tiempo y lugar en el que se producen los actos que son objetos de enjuiciamiento. No obstante, esta operación no siempre es sencilla, dado que las pautas culturales no son una realidad uniforme, homogénea ni estática. En este sentido, las reglas que rigen la interacción social pueden ser diferentes en el ámbito virtual respecto a otros espacios más tradicionales. En concreto, los patrones de comportamiento del mundo digital tienden a ser menos homogéneos, más variables y menos estables que los del espacio físico¹¹, lo que implica que el intérprete tendrá mayores dificultades para interpretar la norma, e incluso podría desconocer cuáles son las expectativas de comportamiento aplicables a un caso determinado, o tener una idea equivocada de ellas. Por otra parte, en muchos casos, la comunicación a través de determinados canales -por ejemplo, mensajes breves escritos de manera apresurada- proporciona muy poca información sobre el contexto que rodea al mensaje, lo que, de un lado, puede provocar malentendidos entre los interlocutores y, de otro lado, puede dificultar la comprensión de las circunstancias en las que se desarrolla la comunicación. En cualquier caso, estos elementos no permiten construir con claridad una específica de ciberacoso en el trabajo, dado que las mayores dificultades para interpretar el contexto dependen de la concurrencia de factores contingentes, que también pueden aparecer de otro modo en el acoso “cara a cara”.

Por otra parte, debe tomarse en consideración el hecho de que en el contexto virtual a menudo desaparecen o se atenúan determinados límites culturalmente establecidos que evitan las conductas invasivas o agresivas en el espacio físico, en parte como mecanismo social funcionalmente orientado a evitar las confrontaciones físicas. La separación espacial, asimismo, facilita la despersonalización de la víctima y bloquea determinadas formas de empatía asociadas al lenguaje no verbal; de

¹¹ “[...] there is no generally accepted code of cyber conduct, which means formal and informal control mechanisms are limited [...] When social norms are in conflict, it is very difficult to develop a broad understanding of acceptable and unacceptable behaviour in the workplace”, West, B., *et alia*, *Op. Cit.*, pp. 600 y 612.

hecho, los estudios realizados respecto al ciberacoso en el ámbito escolar apuntan a que los agresores sienten menos remordimiento respecto a su conducta¹². Además, la posibilidad del anonimato facilita en algunos casos la impunidad. Por todo ello, la comunicación virtual permite incrementar el nivel de agresión respecto a lo que se admitiría en una conversación normal. Sin embargo, esto no implica una menor gravedad de la conducta, sino más bien la constatación de que en este contexto se produce un aumento del riesgo, lo que, nuevamente, podría ser relevante a efectos preventivos.

El posible efecto multiplicador del daño

Una de las particularidades del acoso cibernético en el trabajo es que potencialmente permite multiplicar o expandir enormemente la afectación de la conducta cuando esta se articula a través de actos de comunicación dirigidos a terceros¹³. Esta circunstancia a menudo incrementa la gravedad de la conducta, lo que afecta tanto a la determinación de su eventual ilicitud como, en su caso, para determinar el daño causado a la víctima a efectos sancionadores o reparadores.

Así, por ejemplo, en los casos en los que la reiteración se considera un elemento constitutivo del acoso, debe tenerse en cuenta que, cuando la violencia psicológica se lleva a cabo a través de tecnologías de información y comunicación, a menudo un solo acto de comunicación puede multiplicar sus efectos a partir de las “reverberaciones” producidas por la replicación del acto por parte de otras personas¹⁴. Como consecuencia de ello, un acto aparentemente aislado puede terminar desencadenando un proceso sistemático y continuado en el tiempo de deterioro de la dignidad de la víctima, equivalente al que en otras condiciones se produciría a través de una multiplicidad de comportamientos.

En todo caso, las posibilidades de intensificación de la gravedad de la conducta no vienen dadas solamente por la repetición en sí misma considerada, sino también por otros factores como la mayor velocidad de la difusión de la información, el carácter virtualmente ilimitado de destinatarios, la imposibilidad práctica de borrar completamente la información una vez que los datos se han propagado a un

¹² Slonje, R, Smith, P. y Frisén, A., “Processes of cyberbullying, and feelings of remorse by bullies: A pilot study”, *European Journal of Developmental Psychology*, Vol.9, n° 2, 2012, p. 254.

¹³ De Vicente Pachés, F., *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 19 (y p. 26 en lo que refiere al acoso escolar); Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, Op. Cit., pp. 84-85 y 123.

¹⁴ De Stefano *et alia*, *Op. Cit.*, p. 10.

número indeterminado de personas o las mayores probabilidades de que la difusión sobrepase el ámbito laboral y se adentre en el entorno familiar y personal.

Sin embargo, ello no implica que pueda considerarse con carácter general que el “ciberacoso” es más grave o invasivo que el acoso realizado en el espacio físico, sino que ello dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso particular. En primer lugar, la difusión amplia de los actos de comunicación no es una característica inherente al acoso cibernético, sino solamente una posibilidad, dado que, en muchos casos, la comunicación psicológicamente violenta se dirige exclusivamente a la víctima, sin difundirse a terceros. En segundo lugar, la gravedad de la conducta puede venir determinada por factores distintos a los de la difusión de la comunicación y algunos de ellos precisamente pueden tener mayor incidencia en el espacio físico; así sucede, por ejemplo, con la afectación a la intimidad corporal en el acoso sexual manifestado a través de conductas físicas o incluso con el riesgo para la integridad física que se puede producir en situaciones de conflicto que se llevan a cabo “cara a cara” y que puedan implicar una escalada de la violencia. En tercer lugar, como hemos señalado anteriormente, es muy posible que un mismo proceso de acoso se reproduzca tanto en el ámbito físico como en los escenarios digitales, en cuyo caso, no existiría una distinción neta entre el “ciberacoso” y el acoso “cara a cara”.

3. EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL ACOSO CIBERNÉTICO

Desde otra perspectiva, la posibilidad de que el acoso se lleve a cabo a través de tecnologías de información y comunicación resulta muy relevante desde una óptica preventiva, en tanto que se producen situaciones concretas de riesgo que deben ser previstas de algún modo por el empresario. Del mismo modo que la exposición a cualquier fuente de riesgo -como un agente químico o una determinada radiación- puede implicar la aparición de técnicas preventivas específicas, la exposición de los trabajadores a Internet con motivo de la realización de sus tareas implica un deber del empresario de prever determinados riesgos que pueden producirse en esas circunstancias. Ciertamente, este tipo de riesgos no está expresamente previsto en el ordenamiento jurídico español, de modo que la responsabilidad del empresario derivaría directamente del deber de protección genérico establecido en el art. 14 LPRL, así como, en su caso, de las obligaciones específicas existentes en materia de acoso sexual o sexista (art. 48.1 y 62 LOIEMH).

Ahora bien, el hecho de que el empresario deba tomar en consideración la posibilidad de que el acoso se lleve a cabo a través de nuevas tecnologías, no implica que en estos casos las medidas a adoptar deban estar desconectadas de las políticas preventivas dedicadas con carácter general a combatir la violencia en la empresa. Al contrario, de lo que se trata es precisamente de que estas políticas tengan en cuenta las particularidades de las nuevas tecnologías con objeto de desplegar una

mayor eficacia. Así, por ejemplo, en las iniciativas de formación y sensibilización frente al acoso podría hacerse referencia expresa a la necesidad de mantener una conducta apropiada en las interacciones a través de medios informáticos.

En algunas empresas, determinadas políticas frente al acoso se articulan y formalizan en documentos llamados “protocolos”. Estos protocolos son obligatorios en las administraciones públicas en lo que refiere al acoso sexual o sexista (art. 62 LOIEMH), pero en muchos casos, se han extendido a otro tipo de empresas -en gran medida, porque son la manera más clara de cumplir con las obligaciones establecidas en el art. 48 LOIEMH- y, en ocasiones, también a otras formas de acoso o violencia en el trabajo. Ciertamente, estos protocolos suelen centrarse más en aspectos disciplinarios o de reacción frente a la conducta acosadora que a proponer medidas estrictamente preventivas. Sin embargo, no cabe duda de que estos instrumentos pueden contribuir en cierta medida a prevenir el acoso, en la medida en que a) declaran formalmente que se trata de una conducta inaceptable, contribuyendo a generar una cultura empresarial de “tolerancia cero”; b) definen de manera no exhaustiva posibles comportamientos acosadores, evitando así su “normalización” al tipificarlos de manera expresa; c) pueden resultar disuasorios en la medida en que establezcan procedimientos apropiados para canalizar denuncias internas que garanticen que los agresores no tendrán impunidad; d) suelen establecer procedimientos informales de mediación que podrían facilitar la canalización de conflictos antes de que se llegara realmente a situaciones de acoso.

Las referencias al ciberacoso en el trabajo no parecen muy frecuentes en los protocolos antiacoso que se han podido consultar¹⁵. En todo caso, sí que se han encontrado algunos protocolos -claramente minoritarios- que mencionan expresamente el ciberacoso en su título¹⁶, hacen referencia al ciberacoso como

¹⁵ Dado que este trabajo tiene un carácter más teórico que empírico, no se ha seleccionado una muestra sistemática de protocolos, sino que se han aplicado una serie de búsquedas a través de palabras clave (“ciber” o “ciberacoso”, “virtual”, “Internet”, “electrónico” y “cautelares”, esta última para estudiar las concretas medidas propuestas), tanto en el buscador Google como en bases de datos de convenios colectivos, para los protocolos incorporados a convenios de empresa y planes de igualdad; en segundo término, también se han analizado directamente los protocolos de las universidades españolas, además de algunas administraciones públicas. La imagen obtenida en este análisis preliminar no es exacta ni exhaustiva, pero permite advertir que, a grandes rasgos, la consideración del acoso cibernético es muy poco frecuente.

¹⁶ Protocolo de la Universidad Carlos III de Madrid, Protocolo de Axa.

una conducta prohibida¹⁷, incluyen definiciones de ciberacoso¹⁸ o especifican manifestaciones concretas de la violencia cibernética como conductas inaceptables¹⁹.

Un terreno muy interesante, pero aún inexplorado es el de la consideración de las especificidades del medio digital en la previsión de medidas cautelares que se pudieran llevar a cabo en el procedimiento disciplinario, o incluso de las medidas que podríamos llamar “cautelarísimas” o simplemente “medidas preventivas”, esto es, aquellas llevadas a cabo de manera urgente aún cuando no se hubiera iniciado un procedimiento disciplinario para evitar la producción de la conducta violenta. Muchos protocolos ni siquiera hacen referencia a las medidas cautelares, mucho menos a otro tipo de medidas protectoras más inmediatas y, cuando lo hacen, es muy habitual que se limiten a prever su posibilidad, sin especificar actuaciones posibles; asimismo, cuando detallan algunas medidas, normalmente se refieren a las acciones destinadas a separar al presunto agresor de la víctima sin perjudicar a esta última.

No obstante, en muchas empresas puede resultar oportuno prever de manera específica -aunque no exhaustiva- una serie de medidas concretas para reaccionar ante determinadas manifestaciones de violencia psicológica a través de las TICs; así, por ejemplo, podría especificarse de manera estandarizada el procedimiento a través del cual la empresa debería reaccionar ante la difusión masiva entre los trabajadores de mensajes con contenido ofensivo o la distribución de datos personales o íntimos de un empleado sin su consentimiento, con objeto de frenar la difusión y, en la medida de lo posible, eliminar el contenido inapropiado. A este respecto, solamente hemos podido localizar alguna referencia aislada a la posibilidad de que el denunciante solicite la retirada de Internet de determinados datos²⁰.

Desde otra perspectiva, no solo resulta conveniente que las políticas desarrolladas para prevenir el acoso tomen en consideración la posibilidad de que este se desarrolle en escenarios digitales, sino que, también es importante que, al

¹⁷ Protocolo de Castilla-La Mancha Media, Protocolo del Hospital Universitario La Paz, Protocolo del Servicio Madrileño de Salud, Protocolo de la Agencia Española de Protección de Datos, Protocolo de la Universidad de Sevilla.

¹⁸ Protocolo de la Universidad Carlos III de Madrid, Protocolo de Axa, Protocolo de la Universidad de Granada (aunque indicando expresamente, que no es exactamente un tipo de acoso), Protocolo de la Universidad de la Rioja, , Protocolo del Sistema Madrileño de Salud, Protocolo de la Universidad de Sevilla.

¹⁹ Protocolo de la Universidad Carlos III de Madrid, protocolo de Axa, Protocolo del Hospital Universitario La Paz, Protocolo de Castilla La Mancha Media, Protocolo de la Universidad de La Rioja. De manera más frecuente, algunos protocolos incluyen de manera aislada la difusión de imágenes de contenido sexual y el envío de correos electrónicos dentro de las conductas que pueden ser constitutivas de acoso sexual.

²⁰ Esto aparece precisamente en el formulario de reclamación del protocolo de la Agencia Española de Protección de Datos.

mismo tiempo, las políticas de la empresa relacionadas con el uso de Internet y otros medios de comunicación tengan en cuenta la posibilidad del acoso.

En este sentido, la Ley Orgánica de Protección de Datos, hace un llamamiento a los empresarios para que establezcan, con la participación de los representantes de los trabajadores, una serie de criterios para el uso de los dispositivos digitales (art. 87.3 LOPD), así como una política interna de uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática y garantice el derecho a la desconexión digital (art. 88.3 LOPD). Resulta muy apropiado que en este tipo de instrumentos se prohíba expresamente la violencia cibernética en todas sus manifestaciones, pero, asimismo, también podrían preverse medidas más concretas -adaptadas a la realidad de cada empresa- que minimicen el riesgo de acoso o que reduzcan la impunidad de los posibles agresores. Así, por ejemplo, podrían establecerse mecanismos para evitar el anonimato, normas de etiqueta para las comunicaciones virtuales y reglas que faciliten, con las debidas garantías, el acceso a los dispositivos para investigar casos de acoso. Anteriormente a esta normativa, algunas empresas, particularmente multinacionales, tenían “códigos de conducta”, dirigidos fundamentalmente a regular el comportamiento de los trabajadores en las redes sociales. Estos códigos presentan alguna previsiones interesantes que pueden servir como referencia para la formulación de políticas de empresa que eviten el acoso cibernético; así, por ejemplo, la identificación del emisor, la transparencia en las comunicaciones, el respeto a la audiencia, la reflexión previa a la comunicación, etc. No obstante, en términos generales están excesivamente centrados en la protección de la imagen pública de la empresa y mucho menos enfocados en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores o de terceros, por lo que resultan todavía incompletos o insuficientes para abordar el problema de manera efectiva²¹.

4. LA DIFUMINACIÓN DEL TIEMPO Y DEL ESPACIO Y LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA EMPRESA

Una de las consecuencias más importantes que tiene el uso masivo de las tecnologías de la información y comunicación sobre las relaciones laborales es la difuminación de las nociones de lugar y tiempo de trabajo, en torno a las cuales se ha estructurado gran parte de la regulación de las obligaciones mutuas de las partes del contrato de trabajo asalariado²².

²¹ Vid. Molina Navarrete, C., *El ciberacoso*, Op. Cit., pp. 203 y ss y 288 y ss. Particularmente, la crítica al excesivo enfoque de estos códigos de conducta en la gestión de la imagen pública de la empresa aparece en la p. 318.

²² En este sentido, Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, *Temas Laborales*, n. 150, 2019, p. 16; Tewes, E.J., “Privateshpere:

Ciertamente, estas tecnologías facilitan la práctica del “teletrabajo”, que sin duda ha cobrado un singular protagonismo en el contexto de la pandemia mundial de la Covid-19. Pero también en las relaciones de trabajo más tradicionales, el uso de las TICs puede implicar, de un lado, que el trabajador termine desarrollando parte de sus tareas en su domicilio o en otro lugar distinto a los locales de la empresa y, de otro lado, que lleve a cabo algunas actividades puramente personales en el tiempo y en el lugar de trabajo. Como consecuencia de ello, en los “escenarios digitales” o virtuales, las comunicaciones privadas pueden mezclarse y confundirse con aquellas que tienen un carácter puramente profesional, de modo que resulta muy difícil -y a veces, imposible-, deslindar unas de otras. Así, por ejemplo, una conversación puede iniciarse en el lugar y en el tiempo de trabajo y prolongarse posteriormente en otros tiempos y espacios.

Por otra parte, el flujo de comunicación generalmente se articula a través de distintas combinaciones de elementos tecnológicos que pueden ser de titularidad diversa, como el dispositivo utilizado para la comunicación, el espacio de almacenamiento, el acceso a la red y los programas o aplicaciones. Así, por ejemplo, un trabajador podría mantener una conversación a través de whatsapp (aplicación de un tercero) a través de su teléfono móvil particular (dispositivo privado), pero proyectándola en un portátil de la empresa y accediendo a la red a través de la VPN corporativa, pero en el domicilio privado y fuera de las horas de trabajo o cualquier otra combinación de todos estos elementos; al mismo tiempo, el interlocutor podría estar en una situación totalmente distinta, como por ejemplo, en el lugar de trabajo y durante su jornada laboral, pero utilizando un dispositivo privado.

Esta nueva realidad despliega efectos sobre un gran número de instituciones del contrato de trabajo. En lo que refiere al “ciberacoso” implica una cierta difuminación de los parámetros que permiten atribuirle la condición de “laboral”²³. Ciertamente, en el acoso que se produce “cara a cara” también puede generarse una cierta ambigüedad, por ejemplo, cuando la conducta tiene lugar fuera del lugar y el tiempo de trabajo, pero entre trabajadores que están relacionados entre sí solamente por su integración en la misma empresa; no obstante, en este caso, la diferencia es que en los escenarios digitales casi siempre existe un cierto grado de indeterminación, por cuanto el carácter “líquido” del tiempo y del espacio es inherente a este ámbito de comunicación humana, por lo que siempre es necesario establecer alguna operación de clarificación.

Can Privacy Laws Adequately Protect Employees Amidst the Complexities of the Modern Employment Relationship?”, Santa Clara Law Review, Vol. 57, n°1, pp. 288-289, 292, 296, 298. Nos hemos ocupado de este problema en Álvarez del Cuvillo, A., “La delimitación...” *Op. Cit.*, p. 279 y Álvarez del Cuvillo, A., “La influencia de las nuevas...”, *Op. Cit.*, pp. 8-9 (del ejemplar electrónico).

²³ *Vid.* Molina Navarrete, C., *El ciberacoso...*, *Op. Cit.*, pp. 113, 122, 133, 149.

Ciertamente, en el ordenamiento español, las definiciones del acoso sexual, del acoso sexista y de los acosos discriminatorios [art. 7 LOIEMH, art. 28.1 d) Ley 62/2003, art. 2 f) RDL 1/2013] no se refieren exclusivamente al ámbito laboral, lo que es lógico, dado que pueden producirse también en otros contextos. Sin embargo, la imputación de responsabilidades contractuales, preventivas, administrativas o de seguridad social a la empresa sí que requiere algún tipo de conexión con el desarrollo de la prestación de servicios, al margen de que, además, muchas de estas responsabilidades requieran la concurrencia de un cierto grado de culpa o negligencia. Asimismo, este vínculo se exigirá también para atribuir la competencia del asunto al orden social *ex art. 2 f) LRJS* o, en su caso, al orden contencioso-administrativo o el militar en lugar del orden civil de la jurisdicción. Sin embargo, no queda completamente claro cómo ha de determinarse esta conexión entre el acoso y la prestación de servicios.

Por su parte, el art. 48 LOIEMH establece que el empresario tiene la obligación de adoptar determinadas medidas para prevenir el acoso sexual o sexista “en el trabajo”; sin embargo, no establece ningún parámetro para especificar esta relación con el entorno laboral. Para ello habríamos de acudir al deber de prevención genérico previsto en el art. 14 LPRL, aplicable también a las demás formas de acoso. Este precepto se refiere a los riesgos “laborales”, es decir, de acuerdo con el art. 2 LPRL, a los “derivados del trabajo”, lo que apunta a necesidad de que concurra una relación de causalidad entre el desarrollo del trabajo y la producción del daño. Naturalmente, esta forma de imputación conecta con la definición de “accidente de trabajo” del art. 156.1 LGSS, que se refiere a las dolencias producidas “con ocasión” o “por consecuencia” del trabajo; así, en el caso de que la agresión no pudiera conectarse claramente con el lugar o el tiempo de trabajo, no podría aplicarse la presunción de laboralidad que opera automáticamente en virtud del 156.3 LGSS, sino que sería necesario acudir a algún otro elemento que permitiera establecer que el trabajo asalariado es la causa del daño que se ha producido. De manera más detallada, pero apuntando también a la conexión de causalidad entre el trabajo y la violencia, el art. 3 del Convenio 190 OIT determina que su contenido se aplica a la violencia y el acoso que concurren “durante el trabajo”, “en relación con el trabajo” o “como resultado del mismo” y, de hecho, este precepto indica expresamente en su apartado f) que se aplicará “a las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”.

En este contexto, el criterio esencial para determinar el carácter laboral del acoso es el de la conexión de causalidad con la prestación de trabajo asalariado. A este respecto, será necesario valorar en cada caso concreto si existe una relación suficientemente significativa entre la prestación laboral y el acoso. Así, incluso cuando la comunicación se haya realizado fuera del espacio de trabajo y de la jornada laboral, podrá advertirse, por ejemplo, que la agresión está relacionada con una situación de conflicto relacionada con el desarrollo de las tareas contratadas o con

la convivencia en el contexto laboral o bien que se lleva a cabo fundamentalmente a través de los medios informáticos aportados por la empresa²⁴.

Ahora bien, el criterio de la relación de causalidad resulta problemático en lo que refiere la calificación de comunicaciones cibernéticas psicológicamente violentas, realizadas entre dos trabajadores de la misma empresa, pero de contenido puramente interpersonal, es decir, no explícitamente relacionado con el trabajo, fuera de las horas de trabajo y sin utilizar los medios de la empresa. Así, por ejemplo, cuando se produce un acoso sexual entre dos trabajadores de la misma empresa a través de Internet y fuera del horario de trabajo a partir de la ruptura de una relación sentimental, que no se pueda vincular con conflictos profesionales, con la convivencia en el entorno laboral o con el desarrollo de las tareas contratadas, resulta difícil, en principio, determinar la existencia de alguna responsabilidad empresarial. El mismo problema se plantea en los casos en los que un trabajador de la empresa distribuye mensajes de contenido injurioso o datos íntimos de otra persona que trabaja en la misma organización, pero lo hace fuera del contexto laboral y con medios propios²⁵.

En estos casos a veces se alude al hecho de que el presunto agresor y la presunta víctima no se habrían conocido nunca de no haber trabajado para el mismo empleador, pero, en realidad, este criterio parece puramente anecdótico y demasiado débil como para configurar la conexión de causalidad exigida por la norma. De un lado, la circunstancia de que las personas afectadas se hayan conocido anteriormente a su incorporación no parece afectar de ningún modo a la imputación de responsabilidad; de otro lado, por más que dos personas se hayan conocido en una empresa, si una de ellas ya no forma parte de ella cuando se

²⁴ Cuando se utilicen los medios de la empresa (por ejemplo, un software de comunicación propio de la organización), sería más fácil construir la conexión de causalidad con el trabajo y, en algunos casos, incluso podría defenderse que la empresa tenía un control sobre el medio utilizado para ejercer la violencia y que, por tanto, debía haber tomado medidas contra el acoso si estas resultan factibles sin vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores (como la intimidad o el secreto de las comunicaciones).

²⁵ El 25 de junio de 2020, la prensa española se hizo eco del informe de la Inspección de Trabajo en el caso IVECO, referido al suicidio de una trabajadora después de la difusión masiva entre sus compañeros de trabajo de vídeos en los que, al parecer, mantenía relaciones sexuales con otro trabajador de la misma empresa, en la que también trabajaba su marido. Dicho informe, al parecer, eximía a la empresa de toda responsabilidad, a pesar de que esta no había activado el protocolo antiacoso existente, sobre la base de que la trabajadora no se encontraba en el ámbito laboral y que la difusión se había llevado a cabo a través de los dispositivos móviles privados de los trabajadores, valorando -de manera harto discutible- que su temor no era que los vídeos se distribuyeran entre sus compañeros de trabajo, sino que llegaran a su marido. Aunque no hemos podido acceder de primera mano al contenido del informe y, por tanto, no podemos criticarlo de manera rigurosa, da la impresión de que termina eludiendo una conexión laboral bastante clara debido a un discurso excesivamente formalista.

produce el acoso, resulta extraño atribuir responsabilidad al empresario. Parece claro que la conexión laboral en estos casos viene dada por el dato de que los dos trabajadores sean compañeros de trabajo en el momento en el que se lleva a cabo la agresión. En este sentido, la imputación de responsabilidad se vincula a la ruptura del orden de convivencia de la empresa; a nuestro juicio este criterio es más acertado, aunque no debe vincularse tanto a la consideración de la empresa como una “comunidad” como a los efectos que tiene la violencia sobre el ambiente de trabajo.

Hay que tener en cuenta que la tipificación de las ofensas verbales o físicas o del acoso a las personas que trabajan en la empresa [art. 54.2 c) y g) ET] no hace ninguna referencia a que las motivaciones psicológicas que llevan a los agresores a cometer los actos de violencia estén relacionadas con cuestiones laborales; tampoco se menciona expresamente el lugar o el tiempo de trabajo como elementos de determinación del ilícito. En definitiva, esta regulación no exige en ningún momento que la violencia tenga su origen o su causa en el trabajo, sino que se preocupa más bien sobre los efectos o consecuencias que tiene este comportamiento sobre el ambiente laboral. Así, los posibles usos del poder disciplinario o del poder de despedir del empresario pueden vincularse a sus obligaciones de garantizar un ambiente laboral sano.

Supongamos que un trabajador agrede físicamente a un compañero en la vía pública y fuera de las horas de trabajo simplemente por tener una orientación sexual minoritaria; en este caso, la agresión homófoba multiplica sus efectos degradantes sobre la dignidad de la persona simplemente por la posterior imposición de la convivencia, la colaboración o incluso la obediencia en el medio laboral, espacio al que los trabajadores deben acudir de manera cotidiana debido a la necesidad de obtener un salario y donde no pueden comportarse con plena libertad, al estar condicionados por sus obligaciones contractuales y por normas de disciplina; estos efectos sobre el ambiente de trabajo provocados por la agresión inicial constituyen un incumplimiento de las obligaciones contractuales del agresor. Por eso, aunque la empresa no tenga ningún control sobre el medio en el que se produjo la agresión y, por tanto, no se le pueda imputar subjetivamente una obligación de prevenir el daño generado en la vía pública, en la medida en que tenga conocimiento de la agresión y de sus consecuencias, sí que tiene responsabilidad respecto a la gestión de la situación posterior, que implica una alteración de las condiciones de trabajo de la víctima y que, por tanto, tiene impacto laboral. Por este motivo, debe aplicar medidas para proteger a la víctima, sin perjudicarla en su situación laboral; a estos efectos, resulta indiferente el medio a través del cual consiga este resultado. Así, el empresario no está obligado estrictamente a sancionar o despedir al agresor, pero sí a evitar la intensificación del daño a partir de la imposición de la convivencia en el entorno laboral utilizando todos los medios a su alcance -incluyendo el poder disciplinario y la facultad de despedir- para evitar la generación de un ambiente de trabajo psicológicamente violento, por más que ello se deba inicialmente a una

conducta ajena a la empresa. Esto mismo sucedería en una agresión llevada a cabo a través de tecnologías de la comunicación.

En definitiva, lo que determina el carácter “laboral” del acoso es la generación de un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio, humillante o degradante y este es el criterio que debe utilizarse para determinar la relación de causalidad con el empleo cuando esta no es autoevidente²⁶. El dato de que este ambiente haya sido generado a través de actos realizados en el trabajo o fuera de él, en el espacio físico o en escenarios digitales resulta indiferente, en tanto que se verifique una conexión real con las circunstancias en las que el trabajador presta servicios. Así pues, sigue existiendo una conexión de causalidad entre el trabajo y el acoso en la medida en que el ambiente de trabajo generado después de una agresión suficientemente grave realizada a través de medios informáticos constituya una lesión a la dignidad de la víctima²⁷. El acoso imputado a la empresa en estos casos no sería la agresión inicial sino la gestión posterior del ambiente laboral.

Por otra parte, además de esta “imputación objetiva” derivada de la conexión de causalidad con el trabajo -interpretada ampliamente-, en ocasiones también se necesita de un elemento subjetivo para exigir responsabilidad a la empresa, que puede graduarse de distinta manera en relación con distintas formas de responsabilidad.

Así, por ejemplo, la responsabilidad administrativa exige la concurrencia de dolo o culpa. En este sentido debe interpretarse el matiz de los arts. 8.13 y 8.13 bis LISOS que determina que la responsabilidad por acoso se desencadena “dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial”. Entendemos que esta formulación no excluye automáticamente la responsabilidad en el acoso realizado en escenarios digitales fuera del ámbito laboral, sino que se refiere simplemente a que no puede sancionarse a la empresa cuando realmente no pudo hacer nada para impedir el daño. En este sentido hay que insistir en que es

²⁶ Así, por ejemplo, en el caso IVECO, no cabe la menor duda de que la difusión masiva de vídeos de carácter sexual relativos a una trabajadora sin su consentimiento entre los compañeros de trabajo está generando un ambiente de trabajo hostil, humillante o intimidatorio, con independencia de que esta se haga fuera de las horas de trabajo o a través de dispositivos electrónicos privados de los trabajadores.

²⁷ En este sentido, es particularmente ilustrativa la STSJ (Social) de Asturias, nº 1450/2003 de 9 de mayo, referida a un caso de acoso sexual grave realizado a través de medios tecnológicos, pero en el espacio físico (con cámaras ocultas): “La imposición a las trabajadoras de una convivencia, día tras día de trabajo, con la persona que a pesar de haber cometido atentados tan graves contra la intimidad y dignidad de ellas es mantenido en sus atribuciones directivas y en sus símbolos de poder –verbigracia, el despacho que ocupaba y desde el cual observada a las trabajadoras entrar en el aseo– [...] constituye una forma de hostigamiento y crea un entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, con directos matices o componentes sexuales, que convierte a las trabajadoras en víctimas de acoso sexual.”

posible que la empresa no tenga instrumentos para evitar determinadas agresiones realizadas en los escenarios digitales -incluso aunque estas se produzcan dentro de las horas de trabajo-, pero sí se le puede exigir que gestione adecuadamente la situación violenta provocada por la imposición de la convivencia laboral entre un agresor y su víctima en los casos de violencia extrema, o simplemente la tendencia a la generación de un ambiente de trabajo hostil y humillante a partir de disputas externas al ámbito laboral. También se exige que concurra la culpabilidad de la empresa en lo que refiere a otras responsabilidades, como el recargo de prestaciones, la posible extinción unilateral del contrato de trabajo *ex art. 50* o simplemente, a la responsabilidad civil por la producción del daño en base al art. 1902 CC.

En cambio, en lo que refiere a la responsabilidad civil cuasi objetiva prevista en el art 1903, que básicamente impone una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, este supuesto solo se desencadenaría cuando el daño fuera provocado por los trabajadores en el ejercicio de sus funciones. Así pues, en este caso en particular, la conexión de causalidad con el trabajo sería bastante más estricta.

5. PARTICULARIDADES EN TORNO A LA PRUEBA EN PROCESOS JUDICIALES O EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS O DISCIPLINARIOS

Las especificidades del ciberacoso en el trabajo en lo relativo a la prueba se concentran fundamentalmente en tres aspectos: en primer lugar, la mayor facilidad para verificar la concurrencia real de los comportamientos alegados; en segundo lugar, la mayor dificultad para acreditar la autoría de la conducta controvertida y en tercer lugar, la relativa dificultad para acceder a algunas fuentes de prueba.

- Respecto al primer elemento, al contrario de lo que sucede con otras formas de acoso, que a menudo se realizan en un contexto de clandestinidad y donde es difícil acreditar o incluso precisar los hechos que se imputan al sujeto activo, en el caso del ciberacoso es frecuente que quede un rastro o “huella digital” que en muchos casos permite determinar con exactitud el contenido de la comunicación a la que se atribuye carácter lesivo de los derechos fundamentales.

Esta circunstancia seguramente explica que, la frecuencia del ciberacoso en el trabajo no se corresponda con la relevancia que tiene el uso de las TICs en un gran número de organizaciones productivas²⁸. En muchos casos, el

²⁸ Recientemente, hemos participado en un estudio sobre acoso sexual o sexista en la Universidad de Cádiz que abarcaba a todos los estamentos de la comunidad universitaria. No cabe la menor duda de que en el ámbito universitario, el uso de Internet está muy generalizado y abarca un volumen importante de interacciones; en este contexto, resulta llamativo que, en la encuesta que se realizó, solo un 4% de las personas que consideraban que habían sufrido acoso

agresor no puede optar por el anonimato, porque este se contrapone con los motivos que animan su conducta; así sucede en el hostigamiento dirigido a la satisfacción de requerimientos sexuales o en los actos de humillación en los que la finalidad principal del perpetrador consiste en generar o reproducir desigualdades de poder en sus relaciones interpersonales o profesionales con la víctima. En estos casos, cuando el sujeto activo actúa de manera estratégica, procura llevar a cabo sus actuaciones en un contexto que favorezca la impunidad y, por tanto, evita las comunicaciones electrónicas.

No obstante lo anterior, esto no implica que nunca se recurra al ciberacoso en este tipo de situaciones. En ocasiones, los agresores no actúan de manera estratégica, sino que operan de modo pasional, arrastrados por sus emociones o instintos²⁹. Por otra parte, en algunos casos, el contenido de las comunicaciones electrónicas puede operar como indicio, en relación con otros datos circunstanciales, para documentar un proceso de acoso más amplio que también se produce “cara a cara”; así, por ejemplo, en el acoso moral o discriminatorio ejercido desde la dirección de la empresa, datos como la asignación de tareas o la imposición de determinadas condiciones de trabajo a la víctima pueden aparecer registradas en correos electrónicos, mensajes de whatsapp o comunicaciones llevadas a cabo en la red interna de la empresa.

sexual o sexista en la Universidad afirmaban que este se había producido “a través de Internet”. En la mayoría de los casos, las conductas acosadoras se habían producido en los “despachos”, espacios que proporcionan mayor privacidad y, por tanto, impunidad. El dato puede consultarse en Hervías Parejo, V., y Minguela Recover, M^a A., “Justificación de la metodología cuantitativa y dimensión y tipología del acoso” en AAVV (Coord. Antonio Álvarez del Cuvillo), *Análisis de la realidad del acoso sexual y sexista en la Universidad y propuestas de mejora: un estudio de caso*, Tirant Humanidades, Valencia, 2020, p. 69. Ciertamente, en los diversos estudios cuantitativos sobre ciberacoso citados por de Stefano, V., *et alia*, *Op. Cit.*, pp. 18-19 las cifras son, en general, más elevadas, pero siempre que se ofrece el término de comparación, resultan muy inferiores a las que se registran para el acoso “cara a cara”.

²⁹ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, *Op. Cit.*, p. 56 y 78 considera que este es uno de los motivos por los que en las resoluciones judiciales relacionadas con el ciberacoso predomina el acoso horizontal (entre pares) en lugar del vertical descendente, que es el que por lo general se plantea en el espacio físico, como expresión de la desigualdad de poder entre las partes. Ciertamente, resulta esperable que el acoso “horizontal” esté más imbricado en el conflicto interpersonal y, por tanto, en él la conducta sea menos estratégica. Desde otro punto de vista, el acoso vertical ascendente, que es muy poco frecuente “cara a cara”, podría tener mayor espacio en los escenarios virtuales, debido a las mayores posibilidades de anonimato o, en su caso, a la difuminación de las inhibiciones propias del contacto directo, que podría facilitar una conducta menos reflexiva.

- En segundo lugar, en el contexto virtual, como se ha adelantado, tiende a ser mucho más difícil identificar al autor del comportamiento acosador³⁰. En algunos casos, los actos de comunicación llevados a cabo a través del correo electrónico, whatsapp, redes sociales o instrumentos similares pueden ser completamente anónimos, si el emisor no está identificado. En otros casos, la persona identificada como autora del comportamiento podría alegar que ha suplantado su identidad, circunstancia que no siempre es fácil de comprobar.

Ciertamente, algunos de estos problemas pueden ser abordados a través de la prueba pericial informática, pero esta estrategia no resulta operativa en todos los casos. Por otra parte, en los supuestos de distribución masiva de datos privados o de mensajes injuriosos, a menudo resulta difícil identificar a la persona que inicia la cadena, si bien hay que tener en cuenta que todos los participantes pueden terminar siendo jurídicamente responsables de algún modo.

- En tercer lugar, en ocasiones el acceso a las fuentes de prueba puede verse condicionado por los derechos fundamentales y garantías constitucionales que operan en favor de la persona titular de los actos de comunicación que se quiere investigar y, en particular, por el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos, el derecho a la propia imagen o el secreto de las comunicaciones.

No se plantean especiales problemas, en los casos -seguramente mayoritarios- en los que la víctima del acoso es quien recibe los actos de comunicación a través de los cuales se produce la agresión. En estos supuestos nunca puede entenderse vulnerado el secreto de las comunicaciones, que lógicamente no vincula al receptor de estas. Ciertamente, en función del contenido de estas comunicaciones, podrían entrar en juego *a priori* otros derechos fundamentales, pero normalmente la aportación de estos mensajes al proceso judicial estaría amparada en base al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, salvo que por alguna razón su uso se llevara a cabo de manera desproporcionada, causando un daño innecesario al presunto agresor.

Por otra parte, el empresario tiene potestad para acceder a los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a sus empleados con objeto de controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales (art. 87 LOPD), ya sea a iniciativa propia -en el marco de un procedimiento disciplinario o de atención a las denuncias internas- o a requerimiento del órgano judicial (Cfr. arts. 77 LRJS y 328 y 330 LEC). A estos efectos deberá respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que normalmente implica que la medida debe ser adecuada y

³⁰ Molina Navarrete, C., El ciberacoso, Op. Cit., p. 81, 119; West et alia, Op. Cit., p. 600.

necesaria para garantizar una finalidad legítima³¹. Ciertamente, el cumplimiento de sus obligaciones de prevenir o evitar el acoso constituye sin duda un objetivo legítimo, de modo que, en último término, lo relevante es que la intervención empresarial sea proporcionada. Respecto al secreto de las comunicaciones, ciertamente, esta garantía constitucional no implica ponderación por parte del empresario, sino que requiere autorización judicial a partir de una causa prevista por la ley, lo que seguramente exigiría un procedimiento penal; no obstante, entendemos que el derecho se refiere a la eventual interceptación de comunicaciones cerradas, pero no al acceso a la información almacenada en dispositivos del empresario sobre estos actos que no hubiera sido borrada, que se vería protegida simplemente por el derecho a la intimidad y a la protección de datos³².

En cambio, cuando los elementos de prueba se encuentren únicamente a disposición del presunto agresor (por ejemplo, en sus dispositivos privados) o de un tercero (como sería el titular de una red social), en principio solo podrían obtenerse a partir de un requerimiento judicial, lo cual entendemos que solo sería posible en caso de investigación penal.

Por último, cuando los actos de comunicación objeto de impugnación fueran fácilmente accesibles en Internet, por ejemplo, por haberse publicado en una red social sin especiales restricciones, probablemente decaerían las expectativas razonables de privacidad, al menos en la mayoría de los casos. Aunque no lo hicieran, lógicamente, el uso de los datos como prueba en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo o disciplinario en el que se plantearan acusaciones de ciberacoso constituiría en principio una conducta adecuada para satisfacer una finalidad legítima; además, en estos casos, generalmente el uso de la información habría de considerarse proporcionado, aunque ciertamente esta calificación dependerá de las circunstancias del caso concreto.

³¹ Nos hemos ocupado con detalle de estos problemas en Álvarez del Cuvillo, A., “La influencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la intimidad en el contexto laboral”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 11, 2020, pp. 1568-1586. La jurisprudencia constitucional (SSTC 241/2012 y 130/2013) parece extraordinariamente permisiva, a partir de una interpretación distorsionada del concepto de “expectativas razonables de privacidad”, pero debe matizarse a partir de la nueva LOPD y de la STEDH *Barbulescu II* de 5-9-2017 (demanda nº 61496/2008), que, en su apartado 120, establece una serie de requisitos que, en realidad, no son más que una especificación del test clásico de adecuación, proporcionalidad y necesidad

³² *Ibid.*, p.14 del ejemplar electrónico. Las SSTC 241/2012 y 130/2013 excluyen la aplicación de esta garantía por el mero hecho de que el trabajador estuviera operando en contra de la política de uso de internet de la empresa, pero lo hacen de un modo que consideramos deficiente en términos teóricos. En este caso, la STEDH *Barbulescu* no proporciona orientación suficiente, dado que la garantía específica del secreto a las comunicaciones no aparece en el CEDH en los términos con los que se regula en la CE.

6. CONCLUSIÓN

El “ciberacoso en el trabajo” no puede considerarse como un tipo de acoso en el contexto de la tipología más habitual, que se refiere a determinadas especificidades de los bienes jurídicos protegidos y que distingue entre acoso sexual, acoso sexista, acoso discriminatorio y acoso moral. Cada una de estas formas de violencia podrá realizarse en el espacio físico, en los ámbitos que hemos denominado “escenarios digitales” o en una combinación de ambos entornos. En todo caso, en el ámbito doctrinal, la categoría de “ciberacoso en el trabajo” puede utilizarse como una herramienta heurística o concepto sensitivo, que proporcione una “dirección a la que mirar” para detectar determinados problemas interpretativos o aplicativos que se pueden producir en la práctica. En algunos casos, los estudios doctrinales enfocan su perspectiva en el ciberacoso, pero terminan planteando análisis que resultan en gran medida oportunos para el acoso “cara a cara”, lo cual implica que la categoría no está completamente delimitada, pero que en todo caso permite obtener reflexiones útiles. En este sentido, podría decirse que la preocupación por el ciberacoso en el trabajo permite obtener una visión más actualizada o más completa de las diversas manifestaciones del acoso y de los problemas que plantea la lucha contra la violencia en el entorno laboral

A este respecto, nos hemos ocupado de particularidades como la aparición de manifestaciones específicas de violencia, las mayores posibilidades de difusión de determinados actos y las facilidades o dificultades de prueba derivadas del medio en que se produce la agresión. Desde luego, estas cuestiones resultan de interés, aunque en principio no permiten construir con claridad una categoría jurídica, porque estos factores no siempre están presentes y su relevancia depende de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

En cambio, presenta una mayor relevancia la difuminación del tiempo y del espacio que es inherente a la casi totalidad de las comunicaciones cibernéticas y que puede producir consecuencias jurídicas tanto desde la óptica preventiva como desde la perspectiva de la imputación de responsabilidades a la empresa, lo que podría requerir un uso explícito de la categoría en el ámbito normativo y en la articulación de instrumentos de prevención, o al menos una consideración de la mayor relatividad de los parámetros espaciales y temporales en la identificación judicial o administrativa de supuestos de violencia. No obstante, entendemos que los principales problemas que plantea la determinación del carácter “laboral” del acoso pueden resolverse manteniendo que la conexión de causalidad se verifica cuando efectivamente se termine generando un entorno humillante o degradante de trabajo, con independencia de que los actos que inicialmente desencadenan la agresión no puedan conectarse directamente con el ámbito laboral. En estos casos, seguramente no puede atribuirse al empresario la responsabilidad de controlar conductas ajenas a su esfera de control, pero, en cambio, sí se le puede atribuir el deber de gestionar adecuadamente las consecuencias que estos comportamientos

producen en su ámbito de organización y dirección, que pueden amplificar notablemente el daño de la agresión inicial.

Asimismo, la categoría de “ciberacoso en el trabajo” resulta particularmente apropiada desde la óptica estrictamente preventiva. A este respecto, resulta conveniente que la perspectiva de las nuevas tecnologías esté presente en la configuración de las políticas de prevención de las distintas formas de acoso; así, por ejemplo, los protocolos antiacoso pueden tomar en consideración las manifestaciones específicas de violencia que tienen lugar a través de tecnologías de información y comunicación, incluso determinando posibles medidas preventivas o cautelares para responder adecuadamente a situaciones como la distribución masiva de datos privados. Del mismo modo, la perspectiva de la prevención del acoso debe impregnar la formulación de las políticas empresariales -unilaterales o pactadas- relativas al uso razonable de las tecnologías de la información y comunicación, como las normas de utilización de dispositivos aportados por el empresario, los códigos de conducta en las redes sociales o las reglas para evitar la fatiga informática y garantizar la desconexión digital. Este tipo de instrumentos tienden a estar exclusivamente centrados en la protección de los intereses legítimos del empresario, pero tendrían que enriquecerse para contemplar también la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores a su servicio.

LA PRIVACIDAD EN EL TELETRABAJO. UN ANÁLISIS EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA POR COVID-19*

MARÍA VILLA FOMBUENA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CEU Cardenal Spínola, adscrito a la Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: teletrabajo; privacidad; control empresaria

La situación de emergencia ocasionada por la pandemia de Covid-19 obligó en marzo a la adopción de una serie de medidas excepcionales para tratar, al menos, de ralentizar su avance. El confinamiento domiciliario de la población planteó un escenario sin precedentes tanto para las empresas como para los trabajadores. En este contexto, el teletrabajo pasó de ser una opción, más o menos atractiva para ambas partes, a un planteamiento de organización necesario para muchas empresas, en el que el uso de las tecnologías ha resultado imprescindible. No obstante, la inmensa e intensa capacidad de las nuevas tecnologías para obtener información (datos) han puesto en jaque la protección de la parcela que hasta hace poco resultaba más lejana para el empleador: la esfera privada del trabajador.

ABSTRACT

Key words: teleworking; privacy; corporate control

The emergency situation caused by the Covid-19 pandemic in March forced the adoption of a series of exceptional measures to attempt, at least, to slow down its progress. The home confinement of the population posed an unprecedented scenario for both companies and workers. In this context, teleworking went from being an option, more or less attractive for both parties, to a necessary organizational strategy for many companies, in which the use of technology has been essential. However, the immense and intense capacity of new technologies to obtain information (data) has challenged the protection of the furthest realm for the employer until then: the worker's private sphere.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R

ÍNDICE

1. CUESTIONES NECESARIAS DE CONTEXTUALIZACIÓN: AVANCES TECNOLÓGICOS E INCREMENTO DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL
2. EL TELETRABAJO. UNA MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA CON ENTIDAD PROPIA
 - 2.1. La reciente regulación del trabajo a distancia como consecuencia de la situación de emergencia generada por el Covid-19
 - 2.2. La esencialidad de las TIC como herramienta de trabajo y análisis de su incidencia práctica real
3. LA PRIVACIDAD DEL TELETRABAJADOR COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL
 - 3.1. Intimidad vs Privacidad
 - 3.2. La situación particular del teletrabajo en el domicilio

1. CUESTIONES NECESARIAS DE CONTEXTUALIZACIÓN: AVANCES TECNOLÓGICOS E INCREMENTO DE LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL

Vivimos en un contexto de disrupción tecnológica permanente y sin precedentes, en el que la evolución de las tecnologías digitales resulta imparable e irreversible hasta el punto de erigirse en el principal motor de transformación social y económica¹. Los avances registrados en los últimos años en campos como las telecomunicaciones, la nanotecnología, el internet de las cosas, la inteligencia artificial o el Big Data, entre otros, han propiciado los procesos sobre los que se asienta la cuarta revolución industrial: digitalización, conectividad y automatización. Vivimos en una sociedad digital, hiperconectada e inteligente.

El efecto de esta tecno-evolución digital es de carácter transversal, además. El uso de estas nuevas tecnologías conlleva una nueva forma de vivir, de trabajar y de relacionarse; es decir, hoy en día no es posible permanecer ajeno a la digitalización. Si tenemos en cuenta la inmensidad de este impacto, resulta claro que la aplicación de estas tecnologías deviene imprescindible, pero no es suficiente por sí sola. En otras palabras, la digitalización ni puede ser entendida como una finalidad en sí misma ni consiste sólo en incorporar nuevas tecnologías. Se debe tomar conciencia de que la aplicación tecnológico-digital lleva aparejados cambios inescindibles en el ámbito económico, social, normativo e incluso cultural.

Por lo que respecta a la esfera laboral, las posibilidades que brindan estas tecnologías han alterado no sólo sus estructuras clásicas, sino también sus normas, cuya utilidad se ve discutida en un lapso de tiempo cada vez menor por la necesidad de adaptación a la realidad del momento, lo que en ocasiones provoca

¹ Tal y como se pone de manifiesto en los documentos elaborados por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) para alcanzar un Acuerdo de Estado para la Digitalización: *Plan digital 2020 y 2025. La digitalización de la sociedad española*.

un distanciamiento entre el derecho y la realidad reglada, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina².

La aceleración del desarrollo tecnológico ha irrumpido de manera brusca en el ámbito empresarial, en el que los modelos de negocio actuales se caracterizan por presentar altas dosis de flexibilidad para poder actuar en un mercado caracterizado por una competitividad feroz. En esta misma senda, la denominada Globalización 4.0, que posibilita la obtención de un flujo ilimitado de información y, por tanto, de conocimiento, ha permitido a las empresas optimizar además su productividad a través de una utilización eficaz y eficiente de los recursos. Pero debemos tener en cuenta además otro factor relevante. Y es que, junto a la apuesta por la innovación y la digitalización, las empresas también han ido modificando su manera de funcionar. Las notas esenciales de este nuevo modelo podrían sintetizarse en la apuesta por una producción fragmentada, un diseño y una organización flexible de sus plantillas y la aparición de nuevas formas de financiación a través de mecanismos colaborativos de carácter económico. Si nos situamos en una perspectiva estratégica que nos permita contemplar todas estas circunstancias a la vez llegamos a la conclusión de que todos estos elementos han contribuido a expandir las bases sobre las que se asienta la libertad de empresa, pero también han permitido redimensionar la capacidad de las empresas para vigilar y verificar el desarrollo de la actividad laboral.

En este contexto de tecnificación digital, la amplia flexibilidad en la organización de la mano de obra de las empresas ha dado lugar a nuevas formas de desarrollo de la prestación de trabajo en las que se le permite al trabajador un amplio margen de decisión. Sin embargo, la posibilidad de que el trabajador pueda realizar su trabajo en un entorno locativo y temporal de elección propia (o en los que tiene un amplio margen de decisión, al menos) provoca un doble efecto. Por un lado, vacía en cierto sentido el ejercicio del poder de organización del empleador, pero por otro, y de forma paralela, intensifica sus facultades de control. Es decir, junto al incremento en la autonomía de decisión y gestión del trabajador se produce un aumento en la capacidad e intensidad de los instrumentos de control de los que puede valerse el empleador. El poder de organización pierde intensidad en detrimento del poder de control. Para el empleador ya no es imprescindible que el trabajador se someta a estos elementos tradicionales de organización del trabajo. Su interés pasa a focalizarse en la capacidad de controlar tanto la manera en la que

² Por todos, Alemán Páez, F., “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, en *Temas Laborales*, Núm. 153/2020, p. 14.

el trabajador realiza la prestación como el resultado de ésta³; y en esta labor las nuevas tecnologías juegan un papel trascendental.

La asequibilidad de muchas de esas tecnologías ha facilitado sin duda la generalización de su uso en las empresas, ya sea en un plano específico de la prestación de servicios de mano de algunas herramientas de trabajo, como puede ser el caso de los dispositivos digitales que la empresa facilita a sus trabajadores (ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, etc.), del correo electrónico corporativo, o de las aplicaciones de mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, etc.) y redes sociales (Twitter, Instagram, etc.) que pueden utilizar las empresas; ya sea en un plano laboral más amplio a través de mecanismos de control (dispositivos audiovisuales, de geolocalización o incluso biométricos⁴, por ejemplo) o del tratamiento automatizado de los datos de los que dispone la empresa, entre otros.

Estas tecnologías ofrecen a las empresas una inusitada capacidad de seguimiento muy preciso del trabajo que se está llevando a cabo. En otras palabras, las actuales tecnologías de la información y la comunicación permiten al empleador contar con una trazabilidad del trabajo sin precedentes. Sirvan de ejemplo, los avances producidos en comunicaciones (4G y 5G) o en dispositivos inteligentes, que no sólo han alterado la manera de trabajar o los cauces de comunicación entre la empresa y el trabajador, sino que permiten ubicar geográfica y temporalmente a cualquier trabajador con una precisión cuasi milimétrica. Pero precisamente, esa gran capacidad de obtención de información (datos a todos los efectos) con la que cuentan las empresas en la actualidad y que les permite llevar a cabo ese control tan exhaustivo de la prestación que realizan sus trabajadores puede acarrear también una intensa intromisión en la esfera privada de estos si el uso de la tecnología no va acompañado de determinadas garantías como veremos más adelante.

En consonancia con todo lo anterior resulta más que evidente la imbricación entre el actual escenario tecnológico-digital y el aumento de las facultades de control del empleador, de manera que el avance del primero repercute y repercutirá en el segundo.

³ En este sentido, Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, en *Temas Laborales*, Núm. 150/2019, p. 16.

⁴ *Vid.* Rodríguez-Piñero Royo, M., “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, en *Temas Laborales*, Núm. 150/2019, pp. 91-109.

2. EL TELETRABAJO. UNA MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA CON ENTIDAD PROPIA

2.1. La reciente regulación del trabajo a distancia como consecuencia de la situación de emergencia generada por el Covid-19

La crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de Covid-19 obligó en marzo a la adopción de una serie de medidas excepcionales para tratar, al menos, de ralentizar su avance. De entre todas, la limitación de la libertad de circulación de las personas⁵, introducida en el artículo 7 del RD 463/2020 con el que se declaraba el estado de alarma⁶, y que quedará identificada *aeternum* como “confinamiento domiciliario” de la población, planteó un escenario sin precedentes tanto para las empresas como para los trabajadores. Cierto es que este precepto no prohibía el trabajo como tal. De hecho, el propio artículo 7 contempla el desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar la prestación laboral, profesional o empresarial como una excepción a dicha limitación de la movilidad. A lo que se suma la llamada a garantizar que los ciudadanos pudieran acceder a sus puestos de trabajo con ocasión de la reducción de la oferta de transporte público de viajeros, en los apartados *b)* y *c)* del artículo 14.2 de la misma norma. No obstante, desde el Ministerio de Sanidad se había recomendado con anterioridad el teletrabajo siempre que ello fuera posible⁷. Recomendación que adquirió un grado de intensidad mayor en el RD-Ley 8/2020, cuyo artículo 5 prioriza el trabajo a distancia al trabajo presencial al objeto de que las empresas pudieran continuar con su actividad⁸. De esta forma,

⁵ Cuya constitucionalidad ha sido puesta en entredicho por parte de la doctrina. Entre otros, Enríquez Malavé, G., “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Diario La Ley*, Núm. 9620/2020.

⁶ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

⁷ Medidas concretas del Consejo Interterritorial del SNS para zonas con transmisión comunitaria significativa de coronavirus, de 9 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=4806>. Esta recomendación fue reiterada de forma indirecta por este mismo Ministerio en abril con ocasión de la publicación de la Guía de buenas prácticas en los centros de trabajo para prevenir los contagios de Covid-19, elaborada para aquellos supuestos en los que las personas trabajadoras de actividades no esenciales no pudieran teletrabajar. *Vid.* Buenas prácticas en los centros de trabajo. Medidas para la prevención de contagios del COVID-19. Ministerio de Sanidad, 11 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/GUIA110420172227802.pdf>

⁸ En el mismo sentido se manifiesta el apartado II de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

el teletrabajo pasó de ser una opción, más o menos atractiva para empresas y trabajadores, a un planteamiento de organización necesario para muchas de ellas. En este sentido, la pandemia ha hecho que el trabajo a distancia se muestre como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la situación de emergencia sanitaria y para garantizar la prevención frente al contagio.

Durante los meses de confinamiento, el teletrabajo no sólo se ha erigido en una opción imprescindible para las empresas sino también en una posibilidad novedosa para muchos trabajadores que se han visto inmersos por primera vez en esta modalidad de trabajo. Si tenemos en cuenta los datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), en 2019 solamente un 4,8% de las personas ocupadas trabajaba desde el domicilio en nuestro país⁹. Desde que se restringiera la movilidad, sin embargo, el porcentaje ha variado considerablemente. Según un informe elaborado por la Fundación Europea para la Mejora de las condiciones de Vida y Trabajo (Eurofound), un 30% de personas ocupadas han empezado a teletrabajar por primera vez en nuestro país con ocasión de esta crisis¹⁰; elevando el porcentaje global de teletrabajo en España por encima del 40% de la población ocupada en el mes de julio. Desde la óptica empresarial, los datos también respaldan este aumento, ya que el teletrabajo ha sido la opción aplicada por más de un 46% de las pequeñas y medianas empresas para afrontar la situación excepcional ocasionada por este coronavirus¹¹.

El auge abrupto de esta modalidad de trabajo puso en evidencia lo insuficiente de la regulación existente contenida en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015¹², haciendo patente el distanciamiento entre la norma y la realidad al que hacía referencia en el apartado anterior. Y es que, a pesar de haberse instaurado como una medida más que conveniente para hacer frente a las nefastas consecuencias socio-económicas y laborales previstas con ocasión de la expansión de la pandemia, adolecía por entonces de un marco legal suficiente que permitiese establecer las garantías necesarias para no desequilibrar la balanza a favor o en contra de alguna de las partes de la relación laboral.

Conocidas las ventajas de su implantación, lo cierto es que el teletrabajo también acarrea inconvenientes: puede generar estrés por la exigencia de una

⁹ Dato referido al trabajo que se realiza en el domicilio con normalidad o, al menos, más de la mitad de los días. En el caso de las personas que lo han hecho ocasionalmente el porcentaje es de un 3,5%, según la Encuesta de Población Activa, 2019.

¹⁰ Eurofound (2020), *Living, working and COVID-19*, p. 33.

¹¹ Según una encuesta realizada en abril de 2020 por la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y en la que participaron más de dos mil empresas. Disponible en: https://www.cepyme.es/wp-content/uploads/2020/04/CEPYME-LaPYMEhabla_barometro_opinion-1.pdf

¹² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015).

rápida adaptación para el desempeño de la tarea en el nuevo contexto (organización del trabajo, formación en el uso de la tecnología, etc.); puede llegar a provocar fatiga informática por la necesidad de una conectividad digital permanente; un mayor aislamiento laboral; deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen a distancia; sensación de pérdida de la identidad corporativa; un aumento del gasto como consecuencia del traslado al trabajador de los costes de la actividad productiva; pueden existir dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio (conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar, por ejemplo); pueden producirse brechas de seguridad¹³; e incluso invadirse la esfera privada del trabajador. En definitiva, una serie de realidades que han puesto de manifiesto la necesidad de contar con una regulación *ad hoc* que ayude a ambas partes a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo al nuevo escenario surgido durante esta pandemia.

Con el objetivo de llenar ese vacío normativo, el 22 de septiembre se aprobaba el Real Decreto-Ley 28/2020, por el que se regula el trabajo a distancia¹⁴, con el objetivo de proporcionar una regulación suficiente y transversal que dé respuestas a las diversas necesidades que plantea esta modalidad de trabajo.

Esta norma, que se entiende necesaria y que nace con la pretensión de alcance general, cualquiera que sea el sector profesional, desarrolla como ejes de la misma tres aspectos esenciales que ya aparecen recogidos en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo¹⁵, en el acervo comunitario (sirvan de ejemplo, entre otras, las, directivas sobre condiciones mínimas de seguridad y salud¹⁶, sobre tiempo de trabajo¹⁷ y sobre previsibilidad y transparencia en las condiciones de trabajo¹⁸) o en el ordenamiento estatutario que supone el marco personal y material en el que

¹³ Tal y como evidencian Peiró J.M. y Soler, A., “El impulso al teletrabajo durante el Covid-19 y los retos que plantea”, *Laboratorio de Análisis y Evaluación de Políticas (IvieLAB)*, Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, 2020.

¹⁴ BOE núm. 253, de 23 de septiembre de 2020.

¹⁵ Suscrito en 2002 por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y que fue revisado en 2009.

¹⁶ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989).

¹⁷ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE núm. 299, de 18 de noviembre de 2003).

¹⁸ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019).

se desarrolla. No entraremos aquí en el análisis de cada uno de ellos, pero sí vamos a presentarlos a modo de introducción a su estudio.

La norma contempla en primer lugar una serie de definiciones que superan la contenida en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) e introducen los elementos necesarios para su identificación; huyendo con ello de cualquier concepción rígida, pero proporcionando, al mismo tiempo, los cauces para garantizar la necesaria seguridad jurídica. Lo relevante a efectos de prever una mayor protección queda ubicado en el carácter regular de esta forma de prestación, garantizándose la flexibilidad en su uso, que queda acomodada a las distintas circunstancias e intereses concurrentes de empresas y trabajadores.

En segundo lugar, se establece de manera expresa el carácter voluntario de esta modalidad de trabajo tanto para la persona trabajadora como para la empresa. Algo que parecía inferirse ya de la redacción del apartado segundo del artículo 13 ET al establecer la necesidad de que el “acuerdo” por el que se establezca el trabajo a distancia debe recogerse por escrito. Con ello parece que el legislador quiere aclarar que esta forma de organizar y prestar la actividad laboral no nace de los poderes de dirección y organización empresariales, ni de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que supone una opción voluntaria para ambas partes de la relación laboral, al margen de ciertas limitaciones contempladas para supuestos concretos, como es el caso de los menores de edad y de los contratos formativos.

En tercer lugar, en el ámbito de las condiciones de trabajo, se garantiza la igualdad de trato y la no discriminación de las personas que desarrollen trabajo a distancia. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades de esta modalidad de trabajo, el Real decreto-ley recoge otros aspectos complementarios, que resultan igualmente necesarios para garantizar que se mantenga el mismo nivel de protección previsto para las personas que trabajen en el local de la empresa. Así, se enumera una serie de condiciones que se consideran esenciales y que necesariamente deben de recogerse de manera expresa en el acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de su posible modulación legal o convencional. En este sentido se identifican como condiciones laborales esenciales: la entrega e instalación de equipos y medios necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia, la cuantificación y la compensación de los costes asociados a su uso y mantenimiento, el ejercicio de acciones formativas adecuadas y específicas, la identidad en el acceso, trato y conocimiento puntual de las oportunidades de promoción profesional, la instalación de medios de control y vigilancia, la correcta aplicación de las medidas de seguridad y salud, las limitaciones al acceso del lugar de trabajo cuando éste coincide con el domicilio de la persona trabajadora, la organización del tiempo de trabajo (incluidas la flexibilidad, los periodos de disponibilidad y su registro), o la vinculación necesaria a un centro de trabajo. En este apartado ocupan un lugar destacado el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos y el derecho a la desconexión digital, que deberán ser garantizados en los términos previstos en

la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁹ (en adelante, LOPD) y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁰ (en adelante, RGPD).

A modo de cierre resulta necesaria la mención a la función que esta norma otorga a la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a distancia, a través de llamadas expresas en la definición de las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los criterios de preferencia en el acceso a esta modalidad, el ejercicio de la reversibilidad, los distintos derechos de contenido económico asociados a esta forma de prestación y organización, el contenido del acuerdo e incluso los porcentajes de trabajo a distancia a los efectos de definir, en sectores profesionales específicos, lo que se considera trabajo a distancia regular. Con ello se evidencia una vez más que el papel de la negociación colectiva va más allá de un mero mecanismo de mejora de las condiciones mínimas establecidas por el sistema legal, configurándose como instrumento útil para modernizar la organización del trabajo en la empresa para adaptarla a la realidad²¹.

2.2. La esencialidad de las TIC como herramienta de trabajo y análisis de su incidencia práctica real

Es bastante frecuente (y más en el momento en el que nos encontramos) escuchar a personas que en la misma conversación dicen estar *teletrabajando*, unas veces, y *trabajando a distancia*, otras, en la creencia de que ambos términos tienen el mismo significado, cuando en realidad no es así.

Cierto es, que ya en 2005 de mano del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo, se fijaron las particularidades de esta figura. No obstante, no es infrecuente que un porcentaje elevado de trabajadores suelen permanecer ajenos a las novedades legales mientras no precisen de su utilización. Al hilo de esta cuestión traigo de nuevo a colación el escaso seguimiento que ha tenido en nuestro país esta modalidad de trabajo con anterioridad a la crisis provocada por la pandemia de Covid-19,

¹⁹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

²⁰ DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

²¹ En este sentido, Moreno Vida, M.N., “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, en *Temas Laborales*, Núm. 150/2019, pp. 161-185.

a pesar de apreciarse una modesta tendencia al alza²². Circunstancia que en mi opinión contribuye a sustentar el supuesto con el que arrancaba este apartado.

Como hemos visto las restricciones de movilidad que vienen aplicándose con mayor o menor intensidad desde marzo del año pasado ha llevado a muchas empresas a instaurar el teletrabajo como modalidad preferente de desarrollo de la prestación laboral. Circunstancia que, por otro lado, ha contribuido a impulsar la aparición del Real Decreto-Ley 28/2020, ante la insuficiencia de contenido del artículo 13 ET, como también apuntábamos. Sin embargo, esta norma ha tenido un efecto paralelo y curioso, a mi parecer: el aumento de la confusión entre muchos trabajadores que observan cómo la norma diferencia entre ambos términos.

Atendiendo a su redacción se considera que existe *trabajo a distancia* cuando la persona trabajadora realiza su actividad laboral en su domicilio o en un lugar de su elección durante toda su jornada o parte de ella, pero de manera regular (art.2); fijándose esa regularidad en un porcentaje mínimo del 30% de la jornada²³, contabilizado en un periodo de referencia de tres meses. Por razones evidentes la elección mayoritaria de localización sigue siendo el domicilio, dando lugar a lo que desde distintos ámbitos se identifica como *home office*. Aunque, la inadecuación de medios y espacio en ellos junto a la necesidad de relacionarse socialmente ha provocado que la utilización de los espacios de trabajo que se contratan por hora (conocidos como *coworking*)²⁴ experimente un repunte.

Por otro lado, el *teletrabajo* se presenta como el trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (art.2).

Tras esta lectura lo primero que se aprecia es que efectivamente no se trata de tipologías de trabajo diferentes. En ambos supuestos la actividad laboral se presta a distancia. De ahí quizás la confusión. La clave está no obstante en los medios o herramientas que se utilizan para llevarla a cabo. La mención específica a la utilización de TIC constituye el elemento diferenciador que condiciona la posible calificación de un trabajo a distancia como teletrabajo.

La interconexión entre el teletrabajo y las TIC no supone un elemento innovador del RDL 28/2020 ni mucho menos. De hecho, su origen se ubica en los años setenta, en plena crisis del petróleo en Estados Unidos como respuesta a

²² Tal y como se desprende de la Encuesta de Población Activa, 2019, en donde el porcentaje de personas que trabajan desde casa (normalmente o, al menos, más de la mitad de los días) había pasado del 4,3% al 4,8%; y de un 3,2% al 3,5% en el caso de aquellas que lo hicieron ocasionalmente; situándose la media europea en un 5,3%.

²³ O el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art 1 RDL 20/2020).

²⁴ Según un estudio del Observatorio de Recursos Humanos sobre el resurgimiento de el *coworking* en nuestro país.

la escasez de combustible que produjo²⁵. La novedad radica en las posibilidades que ofrecen, tanto para las empresas como para los trabajadores, las actuales tecnologías. Al uso masivo y polivalente de internet se suma el inmenso potencial de la digitalización; lo que ha dado lugar a que las posibilidades de trabajar a distancia en una ubicación diferente a la habitual de la empresa se incrementen de un modo considerable.

La capacidad de acceder a documentos y herramientas almacenadas en espacios virtuales compartidos (lo que conocemos como “la nube”), de utilizar aplicaciones de trabajo colaborativo que permiten, entre otras muchas cosas, la edición simultánea a distancia de un mismo archivo de trabajo o la existencia de tecnologías que posibilitan la comunicación virtual síncrona con un margen amplio de dispersión geográfica²⁶, son sólo algunos ejemplos de factores que han contribuido a ese incremento.

No obstante, no se debe identificar el incremento en las posibilidades de teletrabajo con su desarrollo real y efectivo. Según los datos facilitados por el INE, solamente algo más del 14% de las empresas contaban con esta modalidad de trabajo antes de la pandemia de Covid-19 y en ellas, sólo el 32% de sus plantillas lo ejecutaba. Datos que aparecen rebajados en un estudio llevado a cabo por el Banco de España y, según el cual, del 30,6% del total de población ocupada que contó con la opción de teletrabajo en 2019, tan sólo un 8,3% lo llevaron a cabo²⁷. En 2020, la adopción de medidas extraordinarias como la paralización de parte de la actividad económica y el confinamiento de la población alteraron los porcentajes anteriores. Atendiendo a la información facilitada por el primero de los organismos mencionados, tanto el porcentaje de empresas que desarrollaron teletrabajo como el de trabajadores que lo ejecutaron se elevaron hasta alcanzar el 50% en ambos casos. No obstante, según una encuesta realizada por el Banco de España

²⁵ Nilles, J. M., Carlson, F. R., Gray P. and Hanneman, G., “Telecommuting - An Alternative to Urban Transportation Congestion,” in *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics*, vol. SMC-6, no. 2/1976, pp. 77-84. En este trabajo los autores presentan los resultados de un estudio de una importante empresa de seguros ubicada en el distrito comercial central de Los Ángeles. En el estudio se evaluaron los patrones de transporte, la distribución de la población y las necesidades de contacto comercial de una parte de la plantilla administrativa de esta empresa. Estos patrones se utilizaron luego como base para evaluar la viabilidad del uso de varios niveles de tecnología de telecomunicaciones y computación para permitir la sustitución de los desplazamientos por “teletrabajo”. Comparando los costes de instalación y operación de la red con los de desplazamiento se llegó a la conclusión de que la tecnología de las comunicaciones y la informática, en términos de hardware y servicios “estándar”, podía ofrecer un sustituto económico de los desplazamientos. Resulta curioso, cuanto menos, que el RD 28/2020 utilice en su exposición de motivos un planteamiento similar sobre la base de reducir los niveles de contaminación.

²⁶ Se trata de algunos de los factores evidenciados por Peiró J.M. y Soler, A., “El impulso al teletrabajo durante el Covid-19”, op.cit., p. 2.

²⁷ “El teletrabajo en España”, en *Artículos Analíticos. Boletín económico* 2/2020.

para conocer el impacto de la crisis, más del 80% de las empresas participantes declaró haber aumentado el teletrabajo para tratar de conseguir que su actividad se resintiera lo menos posible²⁸. No contiene, sin embargo, dato alguno que permita conocer el exacto porcentaje del total de población ocupada que teletrabajó en 2020, aunque si tenemos en cuenta los datos de la Encuesta de Población Activa de 2020, los porcentajes de personas que efectivamente teletrabajaron el año pasado se incrementaron sensiblemente respecto al año anterior hasta alcanzar el 16,20% en el segundo trimestre y el 10,30% en el tercero.

Las razones por las que las cifras entre teletrabajo potencial y teletrabajo efectivo son tan dispares resultan diversas. Para empezar no todas las actividades pueden realizarse a distancia; baste pensar en la agricultura, en el trabajo doméstico, en la hostelería y, en general, en cualquier actividad que conlleve actividad física o contacto directo con el cliente²⁹. En segundo lugar, el teletrabajo ha de estar diseñado y articulado de forma adecuada en el sistema de trabajo de la empresa. Sin embargo, para muchas de las empresas de nuestro país, la integración de esta modalidad empresarial ha tenido lugar de manera sobrevenida y en muchos casos improvisada con ocasión de la pandemia³⁰. Finalmente, las circunstancias que rodean a la propia persona trabajadora también desarrollan un papel importante (habilidades digitales, medios para llevar a cabo el trabajo, redes e infraestructuras de las que disponga en su área de residencia, cargas familiares, etc.).

3. LA PRIVACIDAD DEL TELETRABAJADOR COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL

3.1. Intimidad vs Privacidad

El engrandecimiento e intensificación que ha experimentado el poder de control empresarial de mano de las nuevas tecnologías amenazan el ámbito privado del trabajador. Ámbito que no resulta claro para muchas personas trabajadoras (e

²⁸ Encuesta empresarial sobre el impacto de la crisis del Covid-19, publicada en “Escenarios macroeconómicos de referencia para la economía española tras el Covid-19”, en *Artículos Analíticos. Boletín económico* 2/2020, pp. 27-29. Se encuestó a 133 empresas colaboradoras habituales de la Central de Balances del Banco de España. Aunque el reducido tamaño muestral de la encuesta limita su representatividad estadística, la selección de las empresas se realizó de modo que se incluyen compañías de diferente tamaño y sector de actividad, al objeto de ofrecer una imagen lo más fiel posible del impacto de la crisis sobre el tejido empresarial de nuestro país.

²⁹ En detalle, “El teletrabajo en España”, op.cit., pp. 8 y 9.

³⁰ Según un estudio del CIS sobre los efectos y consecuencias del coronavirus, realizado en octubre del año pasado, casi el 75% de los encuestados nunca o casi nunca había trabajado desde su domicilio antes de la pandemia.

incluso alguna empresa), que ante la situación creada por la pandemia de Covid-19 han tenido que adaptarse rápidamente (y en muchas ocasiones de manera precipitada incluso) a una nueva metodología de trabajo. En este contexto han surgido muchas dudas sobre la licitud de algunas prácticas de control aplicadas por las empresas a sus teletrabajadores.

La posibilidad, impulsada intensamente por esta crisis sanitaria, de trabajar desde el domicilio, una segunda residencia, un hotel, un *coworking*; en definitiva, un espacio ajeno al habitual de trabajo y cuya elección ha correspondido al trabajador ha despertado un gran recelo protector no sólo sobre un espacio considerado privado, sino también sobre los medios y dispositivos utilizados para llevar a cabo la prestación laboral. Frente a esa sensación de intromisión en un ámbito que consideramos excluido de la curiosidad y conocimiento de los demás, ha aumentado el interés por conocer cómo podemos protegerlo³¹ y es aquí dónde surge la incertidumbre ante la amplitud de nociones que pueden entrar en funcionamiento: intimidad, privacidad, protección de datos personales, inviolabilidad del domicilio, etc.

Privacidad e intimidad no son exactamente lo mismo. De hecho, la propia palabra “privacidad” no fue recogida por el *diccionario de la Real Academia Española* hasta el año 2001³². Hecho llamativo porque nueve años antes, la ya derogada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD)³³ incluía este término en su exposición de motivos: “El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la *privacidad*, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida.” Lo curioso es que esta norma no sólo lo recoge, sino que además lo diferencia del concepto de “intimidad” en estos términos:

“Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que,

³¹ Según los datos estadísticos facilitados por Google, la búsqueda en internet del término “intimidad” en relación con otros como “trabajo” o “empresa” se incrementó en un 100% en el mes de mayo, descendió ligeramente de junio a agosto y volvió a ascender de manera irregular desde el mes de septiembre, alcanzado un incremento del 90% en diciembre. (Disponible en: <https://trends.google.es/trends/explore?q=intimidad&geo=ES>)

³² Real Academia Española, 2001. Resulta interesante también, Díaz Rojo, J.A., “Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?”, en *Espéculo. Revista de estudios literarios*, Núm. 21, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

³³ BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.”

La redacción con la que se expresa la norma evidencia la necesidad de contar con un nuevo término para hacer referencia a una realidad concreta, por lo que resulta evidente que el derecho a la privacidad es más reciente que el derecho a la intimidad. Mientras que la protección de la intimidad fue articulada en nuestro país en 1978 de mano del artículo 18 de la Constitución, la salvaguarda de la privacidad (tal y como la entendemos hoy) no se asienta en una norma hasta 1992 en nuestro país. Pudiera parecer que el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución ya se dedicara a ello. Sin embargo, atendiendo a su literalidad, lo que se recoge es la previsión de que una futura norma limite el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. De manera que lo que hace el constituyente en ese precepto es sentar las bases de lo que posteriormente el Tribunal Constitucional definirá como un derecho fundamental autónomo: el derecho a la protección de datos de carácter personal³⁴, también denominado derecho a la privacidad.

La secuencia anterior es casi idéntica en el plano internacional. La pequeña divergencia está, no tanto en el orden de regulación, como en el de aparición de los términos.

El vocablo “privacidad” supone un anglicismo. Proviene del término inglés *privacy*, que apareció por primera vez en 1890 en la revista *Harvard Law Review*, con ocasión de una crítica en clave jurídica hacia la prensa redactada por dos reconocidos abogados de Boston (Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis),

³⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, en cuyo FJ4º el Tribunal señala que “este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con el cual comparte el objetivo de ofrecer una protección constitucional eficaz de la vida privada personal y familiar, atribuye al titular una serie de facultades que consiste, en la mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización o la omisión de determinados comportamientos, la regulación concreta de los cuales tiene que establecer la Ley, aquella que, de acuerdo con el art. 18.4 CE, tiene que limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando el ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín cómo es el de la intimidad radica, así pues, en la distinta función que hacen, cosa que implica, por consiguiente, que también el objeto y el contenido difieran”.

convencidos de la necesidad de proteger la vida privada frente a la falta de escrúpulos de la prensa, a la que acusaban de intromisión en la vida privada por sobrepasar continuamente los límites de la propiedad privada y la decencia para entretener al lector³⁵. No obstante, aunque la aparición de este término fuera más temprana, su inclusión en un texto legal será más tardía que la del término “intimidad”.

En 1948 la Declaración Universal de Derechos del Hombre recogió en su artículo 12, el derecho a ser protegido por la ley contra injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, y contra ataques a la honra o a la reputación³⁶. Sin embargo, no sería hasta 1981 cuando, con ocasión del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, se amplió en este territorio el derecho al respeto de la vida privada de la persona y se vinculó específicamente con la protección de datos personales ante la intensificación de la circulación transfronteriza de datos de carácter personal que podían ser objeto de tratamientos automatizados³⁷. Derecho que posteriormente sería recogido por la ya derogada Directiva 95/46/CE³⁸ y después por el artículo 8 de Carta Europea de Derechos Fundamentales³⁹. Si vemos esta “privacidad” va más allá del sentido dado por Warren y Brandeis. La justificación que la sustenta es la misma: evitar la invasión de un espacio o ámbito considerado privado, íntimo y, por tanto, no merecedor de injerencias no consentidas. Sin embargo, en los textos europeos, no sólo se articula como una esfera más amplia que la de la propia intimidad al abarcar a todos los datos vinculados o vinculables a una persona, sino que además su tutela se plantea frente al uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones de manera específica. No obstante, esta frontera no aparece siempre de forma nítida. Sirvan de ejemplo los artículos 87 a 90 de nuestra LOPD o el artículo 20.bis del

³⁵ Vid. Warren S.D. y Brandeis, L.D., “Right to privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, No. 5, December/1890. Aunque también hay una versión traducida por Pendás B. y Baselga, P., Cívitas, Madrid, 1995.

³⁶ En similares términos quedaba redactado en 1950, el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

³⁷ Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985).

³⁸ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE L 281, de 23 de noviembre de 1995). Esta norma ha sido derogada y sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L119, de 4 de mayo de 2016).

³⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000).

Estatuto de los Trabajadores (reiterado en el artículo 22 del reciente RDL 28/2020), en los que el propio legislador parece mezclarlas.

3.2. La situación particular del teletrabajo en el domicilio

Para muchas empresas el poder continuar a distancia su actividad productiva durante el confinamiento, gracias al trabajo que sus empleados llevan a cabo desde sus domicilios, ha sido a la vez una oportunidad y todo un reto. Como señalaba antes, el teletrabajo no implica únicamente el uso de tecnologías digitales para trabajar desde casa. La eficacia, la eficiencia y la productividad del teletrabajo dependen de factores diversos. El diseño de procesos colaborativos y de distribución del trabajo, la capacidad de gestión de los recursos humanos, la existencia y claridad de protocolos que regulen el uso de dispositivos y tecnologías; que establezcan mecanismos y pautas para evitar brechas de seguridad; y que determinen los procedimientos de control que podrán llevarse a cabo resultan esenciales para que esta modalidad de trabajo no suponga niveles de productividad inferiores a los asociados al trabajo presencial.

Lo inesperado de la situación vivida en marzo del año pasado evidenció que muchas de las empresas que implantaron el teletrabajo, o bien no contaban con esos elementos necesarios o, de tenerlos, no se implementaron correctamente o fueron insuficientes. De ello da prueba el hecho de que los porcentajes estimados de plantilla que van a desarrollar su prestación bajo esta modalidad en el primer semestre de 2021 tan sólo han crecido algo más de un 3% respecto a los niveles reales anteriores a la pandemia⁴⁰. En este contexto, no es disparatado pensar que aquellas empresas que no tuvieran integrados los procesos de organización y distribución del trabajo que conlleva el desarrollo de la prestación a distancia y/o que tampoco contaran con los protocolos o especificaciones de uso y control que recoge el artículo 87.3 LOPD (y que de manera indirecta fija el artículo 20 bis ET) incrementaran el poder de control que les es reconocido por el legislador laboral en el artículo 20.3 ET como fórmula con la que tratar de contrarrestar la merma sufrida en sus facultades de dirección y organización. Si esto ocurre ya de por sí en aquellas empresas que adoptan esta modalidad de trabajo de manera organizada podemos deducir fácilmente que la extensión e intensidad con la que la

⁴⁰ Según los datos facilitados por el INE, solamente algo más del 14% de las empresas contaban con esta modalidad de trabajo antes de la pandemia de Covid-19 y en ellas, sólo el 32% de sus plantillas lo ejecutaba. Estos porcentajes se incrementaron durante el primer estado de alarma hasta casi el 50% en ambos casos. Sin embargo, mientras que el porcentaje de empresas que tienen estimado utilizar el teletrabajo en la primera parte del año apenas desciende (45,5%), el de la plantilla que lo utilizará disminuye en un 14,5% hasta alcanzar un nivel muy cercano al 32% inicial.

ha tenido lugar en aquellas otras que se han visto forzadas a implantarlo de manera imprevista con ocasión de la crisis debe ser considerable.

A este escenario se suma la amplia permisividad que el legislador laboral ha venido a evidenciar con la redacción del artículo 20.3 ET, consintiendo que el empleador adopte *las medidas que estime más oportunas* de vigilancia y control para verificar que el trabajador cumple sus obligaciones y deberes laborales, con la única supeditación a la consideración debida a la dignidad del trabajador⁴¹. Circunstancia curiosa puesto que si, como argumenta Cruz Villalón, alguna medida de control pudiera atentar contra la dignidad del trabajador por considerarse humillante, serían otros derechos de mayor calado los que podrían resultar lesionados⁴². Este planteamiento lleva a pensar que en el fondo lo que el legislador trata de evitar es que, con esas medidas de control, el empleador pueda invadir impunemente la esfera privada e íntima del trabajador. Es decir, que se produzca una injerencia no consentida y sin consecuencias en el espacio que debe permanecer ajeno a la curiosidad y conocimiento de los demás⁴³. Espacio que, por otro lado, se encuentra protegido tanto desde la óptica de la intimidad, como del de la privacidad.

Todo lo expuesto hasta aquí tiene una repercusión mayor cuando el trabajo se está llevando a cabo desde el domicilio del trabajador; recordando que para nuestro Tribunal Constitucional el rasgo esencial que define el domicilio reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual⁴⁴. De modo que, tal y como manifiesta el propio tribunal, en principio, aspectos como su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo son irrelevantes para que entre en funcionamiento la protección prevista. Este planteamiento no es baladí para el objeto que aquí nos ocupa.

Las restricciones de movilidad que se han ido sucediendo en el tiempo desde el inicio de la crisis han tenido en ocasiones un efecto contrario al pretendido. Cada vez que alguna autoridad ha anunciado un cierre de su territorio no han sido pocas las personas que han decidido trasladarse a una residencia alternativa. E incluso, el fin del primer estado de alarma (21 de junio) provocó un éxodo a las costas. Estas situaciones han sido fuente de enfrentamiento entre las empresas y los trabajadores.

⁴¹ No abordo aquí la mención que realiza este precepto a la capacidad real de los trabajadores con discapacidad como elemento modulador de la aplicación de las medidas de control por parte del empleador. Remito a la lectura del análisis que realiza al respecto Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, op.cit., pp. 17 y 18.

⁴² *Ibidem*, p. 18.

⁴³ En la lógica establecida por el TC en el FJ3 de su sentencia 241/2012, de 17 de diciembre.

⁴⁴ STC 10/2002, de 17 de febrero (FJ7)

A pesar de que el artículo 2.a) RDL 28/2020 (y antes el art. 13.1 ET) recoja como trabajo a distancia aquel que se realiza de forma regular desde el domicilio de la persona trabajadora o *en el lugar elegido por esta*, el planteamiento no resulta tan simple.

En primer lugar, en materia de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tanto el Estatuto de los Trabajadores (art. 13.4) como el nuevo decreto que regula el teletrabajo (art. 15) contemplan el derecho de los trabajadores a distancia a una protección adecuada en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación por tanto la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), y su normativa de desarrollo. Prerrogativa, cuyo deber de cumplimiento por parte del empleador no se vio alterado si quiera en los primeros días del estado de alarma. De hecho, tres días después de su inicio se aprobaron una serie de medidas urgentes para tratar de frenar el impacto económico y social que el covid-19 iba a tener en el tejido productivo, entre las que, con ocasión de la preferencia establecida por el trabajo a distancia, se admitía que, para este supuesto, fuera la propia persona trabajadora (y no el empleador) la que pudiera llevar a cabo (de manera voluntaria) la evaluación de riesgos a la que obliga el artículo 16 LPRL⁴⁵. De manera que, el conocimiento del lugar desde el que el trabajador va a desarrollar su labor deviene una cuestión esencial para que el empleador pueda cumplir el mandato establecido por la LPRL. Con la aparición del RDL 28/2020 parece zanjarse además toda controversia. No sólo porque el lugar de prestación a distancia aparezca recogido como contenido mínimo y obligatorio del acuerdo que deben alcanzar y formalizar ambas partes para poder poner en funcionamiento esta modalidad de trabajo⁴⁶; sino, además, porque no sería razonable pensar que la posibilidad de regulación vía negociación colectiva que contempla la norma supone una carta blanca. Lo que la disposición parece permitir es que por la vía negociada pueda modularse lo recogido en el artículo 7, e incluso, ampliarse la información que ahí se contempla, pero no eliminar la ya recogida. Carecería de sentido, además, pues se estaría permitiendo que por el cauce convencional se dificulte el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al empleador en materia de prevención de riesgos laborales.

En segundo lugar, la ubicación desde la que se realiza a distancia la actividad laboral es tremendamente relevante en el caso de actividades como la banca, el sector sanitario o cualquier otra actividad cuyo cometido contemple el tratamiento de categorías especiales de datos⁴⁷. En estos supuestos, la posibilidad de trabajar

⁴⁵ Vid. art 5 RDL 8/2020. Esta posibilidad de autoevaluación por parte del trabajador se ha mantenido en el RDL 28/2020, *ex* artículo 16, como alternativa para el supuesto de que éste no autorice la entrada en su domicilio para que el personal competente en materia preventiva pueda llevar a cabo la evaluación.

⁴⁶ Apartado f) del artículo 7 RDL 28/2020.

⁴⁷ Calificadas como tal en el artículo 9 RGPD.

a distancia es tecnológicamente posible, en el sentido de tratarse de actividades que no conlleven un trabajo físico o manual que necesariamente deba tener lugar en el centro de trabajo. La especialidad suele estar vinculada con la aplicación de protocolos de seguridad y de protección de datos estrictos que sólo pueden quedar garantizados con la utilización de determinados equipos. En estos supuestos, lo normal será que la empresa sólo permita realizar la prestación con equipos de su titularidad y que han sido previamente configurados por ella, quedando vetada para el trabajador la posibilidad de realizar la prestación a distancia con un equipo personal, y ello, a pesar de que éste pudiera consentir la instalación de un sistema operativo o software determinado. El hecho de que la persona trabajadora mantenga permisos de administrador en el dispositivo con el que se pretenda trabajar podría anular por completo la posibilidad de prestación a distancia. No obstante, la propia Agencia Española de Protección de Datos, en una reciente Recomendación elaborada para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo⁴⁸ ofrece una solución alternativa como es la de restringir la conexión de los equipos personales a una red segregada que únicamente proporcione un acceso limitado a aquellos recursos que se hayan identificado como menos críticos y sometidos a menor nivel de riesgo. Solución planteada a mi parecer con mejor intención (por lo inesperado de los acontecimientos) que utilidad en este tipo de actividades, pues tal limitación acarrearía la de la propia productividad.

En tercer orden, el hecho de que la ubicación del trabajo a distancia se sitúe en ese espacio, al que hacía referencia antes y en el que se desarrolla la vida privada, supone una cuestión de suma importancia por cuanto que puede resultar amenazado por la gran capacidad de invasión que posibilitan las nuevas tecnologías. Invasión que puede tener lugar tanto en la intimidad como en la parcela más amplia de la privacidad del trabajador. Lo más frecuente es que la protección del domicilio se aborde desde la perspectiva de la intimidad por la vía del artículo 18.2 de la Constitución. Sin embargo, tal y como ya puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en el año 84, a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sólo se protege el espacio físico en sí mismo considerado, “sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”⁴⁹. En el contexto que aquí nos ocupa, esta interpretación quedaría plasmada en la imposibilidad de que, el empleador en el ejercicio de su poder de control y de mano de la tecnología, pudiera adentrarse en el domicilio del trabajador para llevar a cabo las labores de

⁴⁸ Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo de 7 de abril de 2020.

⁴⁹ STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ5)

vigilancia. Esta afirmación, sin embargo, no debe llevar a la exclusión absoluta de dichas facultades. De hecho, el nuevo decreto por el que se regula el trabajo a distancia recoge, como uno de los aspectos que debe figurar en el acuerdo de trabajo a distancia, el relativo a los mecanismos de control que puedan ser utilizados para comprobar el cumplimiento de la actividad (art. 7 *h*) RDL 28/2020); siempre, claro está que cumplan con los principios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, tal y como establece de manera expresa el artículo 17.1 del nuevo decreto. Dicho de otra forma, esos mecanismos de control que pueden llegar a invadir el espacio de intimidad y privacidad que conforma el domicilio del trabajador a distancia resultarán admisibles si permiten alcanzar el objetivo perseguido, si no existe ningún otro instrumento en manos del empresario con el que pueda conseguirse, y si comportan un equilibrio entre el beneficio empresarial y el perjuicio sufrido por el trabajador en su derecho.

Consciente de la vulnerabilidad del domicilio como espacio de desarrollo de la vida privada, poco después de decretarse el primer estado de alarma, la Agencia Española de Protección de Datos elaboró una serie de recomendaciones para aquellas empresas que, deseosas de continuar con su actividad productiva y en las que el teletrabajo no formaba parte de su estrategia de gestión, pudieran desarrollarlo con unas garantías mínimas⁵⁰. Guía que, por otro lado, se ofrece como solución provisional por la situación de urgencia y que conmina a las empresas a planificar en paralelo una implementación revisada del teletrabajo para garantizar, además de la continuidad del proceso productivo, los derechos y libertades de los interesados cuyos datos van a tratar (trabajadores).

Pudiera parecer que nuestra LOPD ya recogía en su artículo 87 unas previsiones adecuadas para el ámbito laboral. Sin embargo, hay determinados aspectos que no encuentran acomodo en su redacción. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los dispositivos de titularidad privada utilizados para teletrabajar. Mientras que el legislador alude de manera expresa al derecho a la protección de la intimidad que tienen los trabajadores y empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, no hay alusión para aquellos otros que utilicen dispositivos propios⁵¹.

La restricción de libertad de movimientos sorprendió por igual a trabajadores y empresas, muchas de las cuales no disponían de equipos informáticos preparados para poner a disposición de sus trabajadores. La utilización de equipos informáticos particulares para llevar a cabo la prestación a distancia supuso un reto añadido; y no me refiero aquí exclusivamente a aquellas actividades que suelen trabajar con datos de especial protección y a las que hacía referencia antes. Cualquier actividad que permita su desarrollo a distancia a través de un dispositivo informático entraña

⁵⁰ *Vid.* Nota 48.

⁵¹ Hecho que se repite en la redacción del artículo 20 bis ET.

riesgos. En otras palabras, todas las empresas asumen un riesgo cuando permiten el acceso a los recursos corporativos desde espacios que no están bajo el control de su organización.

La ausencia de mención expresa a ese supuesto por parte de uno de los artículos de la LOPD específicamente destinados al ámbito laboral resulta curiosa. Quizás se trate de una ausencia intencionada basada en el conocimiento de la distinta capacidad de control que tendría el empresario de no ser titular del dispositivo. Aunque también pudiera ser que, para el legislador, el respeto a la intimidad se entiende integrado en los criterios de utilización de dispositivos que ha de elaborar el empleador y en los que ha de operar como límite a su configuración. Sea como fuere, lo cierto es que la cuestión no pasa de ser anecdótica, pues estos trabajadores que ponen sus dispositivos personales a disposición del trabajo cuentan, en todo caso y en tanto que titulares de datos que permiten su identificación⁵² (como es el caso de la IP de un ordenador), con la protección genérica que ofrece la norma⁵³. Al cierre de esta cuestión contribuye además el hecho de que el nuevo RDL 28/2020 recoja, entre los derechos relacionados con el uso de medios digitales, el derecho a la intimidad y a la protección de datos sin referencia a la titularidad del dispositivo utilizado, salvo para imposibilitar que la empresa pueda exigir la instalación de determinados programas o aplicaciones en ellos, o la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.

Visto lo anterior, resulta claro que la determinación de los criterios de utilización de los dispositivos digitales (*ex* artículo 87.3 LOPD y 17.3 RDL 28/2020), la concreción de los mecanismos de monitorización implementados en el acceso remoto a los recursos corporativos (*ex* art. 7. *h*) RDL 28/2020) y la especificación del alcance y la finalidad de las medidas acordadas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del personal en el marco de las funciones de control previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en el RD 28/2020 (*ex* art. 13.1. *c*) RGPD) resultan imprescindibles para garantizar la protección de la privacidad de los que podríamos denominar “teletrabajadores domésticos”⁵⁴.

⁵² Art. 4.1 RGPD

⁵³ Recogida en el artículo 1 LOPD.

⁵⁴ Por analogía con la tercera acepción del término “doméstico” recogida en el diccionario de la lengua española y referida a un criado: Que sirve en una casa. Entendiendo que en ambos casos (criado y trabajador) existe un elemento de subordinación.

EL REGISTRO DE JORNADA EN LAS FORMAS DE TRABAJO FLEXIBLES, ESPECIALMENTE EN EL TRABAJO A DISTANCIA *

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO

*Doctorando Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Registro de jornada, flexibilidad, trabajo a distancia

A pesar de que la obligación de garantizar el registro diario de jornada por parte del empresario ya no es tan reciente, las dudas sobre su efectividad no se han desvanecido, especialmente en sectores donde predominan formas de organización y de trabajo flexibles. La normativa actual tampoco propicia la adaptación de los instrumentos de control de la normativa laboral a las nuevas realidades productivas. En lo que respecta al registro de jornada, la redacción del art. 34.9 ET adolece de cierta generalidad e indeterminación que puede obstaculizar su efectividad. Asimismo, la reciente aprobación del RDL 28/2020 de trabajo a distancia tampoco parece aportar ningún elemento novedoso que permita conectar el instrumento de control con la realidad productiva. Las dos regulaciones referidas hacen un llamamiento a la negociación colectiva. Posiblemente, la efectividad del registro de jornada en organizaciones y formas de trabajo flexibles dependa en gran medida de la normativa paccionada. Por consiguiente, la negociación colectiva posee un papel trascendental para propiciar la efectividad del registro de jornada que permita proteger los derechos de las personas trabajadoras y evitar la precarización del mercado laboral.

ABSTRACT

Keywords: Day register; flexibility; remote work

Despite the fact that the obligation of guaranteeing the day register every single day by the businessman it is not so recent, the doubts about its efficacy have not dispelled, especially in sectors where the ways of organization and flexible jobs prevail. The actual rules do not promote the adaptation of labor law's control resources to the new realities productives. In relation to the day register, the article 34.9 ET suffers from some generalities and indeterminacy which obstruct their efficacy. In addition, the recent approval of the RDL 28/2020 of remote work does not seem to provide any original element that permit to connect the control resources with the reality productive. Both rules do a call to the collective bargaining. Because of that, the collective bargaining have a significant role in order to promote the efficacy of the day register that permit to protect the workers rights and to avoid the uncertain working market.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y presentado al seminario celebrado en Sevilla, los días 4 y 5 de febrero de 2021, bajo el título: *Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía*, organizado por el Proyecto DER2017-83488-C4-3-R

ÍNDICE

1. LA INCIDENCIA DEL REGISTRO DE JORNADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
2. EL REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD EN EL TRABAJO
 - 2.1. Contexto laboral de la aprobación del registro de jornada
 - 2.2. Artículo 34.9 ET e interpretaciones vinculadas a la flexibilidad
3. EL REGISTRO DE JORNADA EN EL TRABAJO A DISTANCIA
 - 3.1. Trabajo a distancia y rasgos principales del RD 28/2020
 - 3.2. Previsiones sobre el tiempo de trabajo y derecho al registro horario adecuado
4. BREVES PREVISIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. CONSIDERACIONES FINALES

1. LA INCIDENCIA DEL REGISTRO DE JORNADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Consideramos de interés iniciar el estudio de la materia con una referencia previa a los derechos fundamentales que podrían verse afectados en el supuesto de incumplimiento del deber de garantizar el registro diario de jornada. No obstante, no nos detendremos en el análisis de los referidos derechos fundamentales susceptibles de ser afectados.

La relación entre el registro diario de jornada y la protección de los derechos fundamentales, tras una lectura superficial del art. 34. 9 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 (ET, en adelante), podría calificarse como forzada. Desde un punto de vista formal, la obligación de la empresa de garantizar el registro de jornada diario puede parecer relativamente sencilla y sin implicaciones en los derechos fundamentales, en todo caso en derechos laborales. Así, según el art.34.9 ET, el empresario “deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora” en un soporte y ponerlo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹.

No obstante, si realizamos una lectura detenida, observando la trascendencia de la materia objeto de registro, la finalidad del mismo y la forma o mecanismo

¹ Concretamente, según lo dispuesto en el art. 34.9 ET:

“La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria 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 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”.

a través del cual se llevará a cabo el registro, apreciamos múltiples derechos fundamentales que podrían verse afectados en el supuesto de no implementación del registro de jornada o de implementación fraudulenta.

En relación a la materia y a la finalidad, el registro de jornada no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para el control del cumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo. El tiempo de trabajo es un elemento esencial de la relación laboral y una condición de trabajo con incidencia directa en los derechos laborales, que igualmente podría llegar a afectar a derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, en supuestos de incumplimientos graves de la normativa aludida.

El exceso fraudulento de la jornada sin respetar los periodos de descanso adecuados, así como la prolongación de las jornadas nocturnas o por turnos, son modalidades de organización del trabajo que afectan directamente al derecho a la salud de las personas trabajadoras². En casos extremos, pueden llegar a afectar al derecho a la vida y a la integridad física y moral de las mismas, como ya se visualizaba en el articulado de la conocida como la primera ley laboral, la Ley Benot de 1873, que limitaba la jornada de las personas trabajadoras para proteger su salud.

Como indica la exposición de motivos del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (RDL 8/2019, en adelante), la implantación del registro de jornada se destina combatir la precariedad laboral. A este respecto, un aumento fraudulento de la jornada de trabajo legal o convencional incide directamente en numerosos derechos laborales relacionados con: la salud, la conciliación personal y familiar, el salario, y las prestaciones asistenciales. La afectación del conjunto de derechos anteriores puede irradiar o alcanzar a los derechos fundamentales, provocando una merma de los mismos. De la misma manera, parece claro que las vulneraciones de los derechos laborales anteriores provoca la precarización de las relaciones laborales y, consecuentemente, un atentado contra la dignidad³ de las personas trabajadoras, cuyo respeto forma parte de los derechos fundamentales⁴.

Asimismo, otra finalidad del registro de jornada es facilitar a los trabajadores la prueba de la realización de horas extraordinarias. Como afirma la STJUE de

² Vid. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE 18-11-2003), cuya finalidad es establecer unas disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

³ STC de 27 de octubre (RTC/2003/192).

⁴ Conviene indicar que la dignidad de la persona no es un derechos fundamental, entre otros motivos, por no incluirse en la Sección primera del Capítulo II, del Título I (arts. 15 a 29 CE cuyo epígrafe se refiere << De los Derecho Fundamentales y libertades públicas>>). Igualmente,

14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18), “sin tal sistema no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias”. Además, la sentencia referida pone de manifiesto la posición de debilidad del trabajador en la relación laboral, indicando que la misma podría disuadir al trabajador de ejercitar sus derechos frente al empresario. Por ello, el TJUE sostiene que el registro de jornada es un medio de prueba sensible a la posición de debilidad del trabajador que garantiza su utilización ante posibles reclamaciones en materia de exceso de jornada; a diferencia de medios como el testifical⁵. Por tanto, en cierta forma, la obligación del registro horario favorece la protección de derecho a la legítima defensa y disminuye las posibilidades de que las personas trabajadoras se encuentren en situación de indefensión.

Igualmente, en cuanto a las finalidades del art. 34.9 ET, también podría sostenerse que la obligatoria puesta a disposición de los representantes legales de los trabajadores de los registros diarios de jornadas -según lo dispuesto en el precepto anterior- incide en el derecho fundamental a la libertad sindical. Así pues, la no disposición de los representantes legales de los trabajadores de la documentación referida le impediría ejercer competencias propias⁶ en materia de protección de la seguridad y salud en el desarrollo del trabajo⁷. Por tanto, no garantizar los registros de jornada o no poner los anteriores a disposición de los representantes de los trabajadores podría suponer la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical⁸.

Asimismo, otra manifestación del derecho a la libertad sindical que interesa destacar es el derecho a la negociación colectiva, previsto específicamente en el

tampoco se considera un derecho fundamental según la interpretación amplia de la clasificación los anteriores (arts. 14 a 20 y art.30.2 ET).

⁵ Según la mencionada sentencia “la prueba testifical no se puede considerarse, por sí sola, un medio de prueba eficaz para garantizar el respeto efectivo de los derechos en cuestión, ya que los trabajadores pueden mostrarse reticentes a declarar en contra del empresario por temor a las medidas que este pueda adoptar en perjuicio de las condiciones de trabajo de aquellos”.

⁶ Con carácter más general, sobre el papel de la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo y su control sindical, vid. Sepúlveda Gómez, M. “El control sindical del tiempo de trabajo”, en AAVV *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, S. González Ortega (Coord.), Monografías Temas Laborales núm. 62/2020, pp. 261 y ss.

⁷ Vid. art. 11, ap.3 de la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOUE 29-6-1989). Igualmente, vid. art. 19 ET en relación con el art. 64.7 ET.

⁸ STS de 18 de enero de 2012 (RJ/2012/3623). STSJ de Islas Canarias de 22 de diciembre de 2016 (AS/ 2016/1811). En esta última se declara la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical al negar la empresa la entrega de cuadrantes de trabajo, siendo una obligación el registro diario de jornada. En la sentencia se constata el incumplimiento del deber de información

art.37 CE. La negociación colectiva, en lo que respecta al registro de jornada, posee un papel nuclear ya que el art. 34.9 ET señala el carácter prioritario de la institución de la negociación colectiva para organizar y documentar el registro de jornada⁹. Por ello, es necesario que el proceso formalizado de dialogo entre las partes para dotar de contenido la obligación de registro horario y adaptar su cumplimiento a los distintos sectores productivos y a las distintas formas de trabajo se desarrolle bajo el principio de buena fe negocial¹⁰.

Por otra parte, en relación al medio a través del cual se llevará a cabo el registro de jornada, podrían verse afectados los siguientes derechos fundamentales: derecho a la intimidad personal y familiar, a la protección de datos¹¹, a propia imagen y al secreto de las comunicaciones¹². Las herramientas digitales, cada vez más imprescindibles para realizar la prestación laboral y para controlar su cumplimiento, poseen una gran capacidad de afectación a los derechos anteriores. En la actualidad, el uso cada vez más generalizado de las tecnologías en todas las fases de la relación laboral provoca riesgos para la protección de los derechos fundamentales aludidos.

En base a lo dispuesto anteriormente, el sistema o medio apto para cumplir el mandato del art. 34.9 ET, que requiera el acceso a dispositivos digitales o el uso de sistemas de videovigilancia o geolocalización, debe respetar en todo caso los derechos de los trabajadores a la intimidad previstos en el artículo 20 bis de ET¹³

del art.64 ET. Asimismo, reconoce la legitimación de la parte actora (representante social no sindical) para ejercer como titular del derecho a la libertad sindical.

⁹ Con carácter más general, sobre el papel de la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo y su control sindical, vid. Sepúlveda Gómez, M. “El control sindical del tiempo de trabajo”, en AAVV *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, S. González Ortega (Coord.) Monografías Temas Laborales núm. 62/2020, pp. 261 y ss.

¹⁰ La doctrina sostiene respecto a la buena fe que: “La buena fe implica proporcionar toda la información relevante, así como razones que justifiquen el eventual rechazo de las propuestas o contrapropuestas de la otra parte”. Mercader Uguina, J.R., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Tiranch lo Blanch, Valencia. 2015, p. 602.

Sobre el principio de buena fe, vid: STS de 21 de Mayo de 2014 (RJ 2014/4214).

¹¹ Gomez Gordillo, R., “Protección de datos y acceso de la representación de las personas trabajadoras al registro de jornada”, ponencia presentada en las *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. El nuevo escenario en materia de materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, 12 y 13 de diciembre de 2019, Recuperado en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=2b7809c3-042d-4ddc-8976-c900444ef70c&groupId=10128

¹² En algunas ocasiones, el mecanismo utilizado para garantizar el registro de jornada es el mismo que el destinado a controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores según lo dispuesto en el art. 20.3 ET.

¹³ En relación con lo dispuesto en el art. 20 bis ET y la LO 3/2018, conviene precisar que el derecho a la desconexión digital no tiene naturaleza de derecho fundamental, según lo dispuesto en la disposición final primera de la anterior norma.

que remite a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁴.

Consecuentemente, el no cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el art.34.9 ET podría afectar a los derechos fundamentales previstos anteriormente, habilitando la posibilidad de iniciar el procedimiento de protección de derechos fundamentales previsto en los arts. 177 a 184 LJS.

Para terminar conviene reiterar una idea no discutida, pero necesaria, como nos recuerda el Tribunal Constitucional: “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”¹⁵.

2. EL REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD EN EL TRABAJO

Tras la referencia general a los derechos fundamentales que pueden verse afectados ante un posible incumplimiento de lo previsto en el art. 34.9 ET, nos detendremos en el objeto principal de este artículo: la relación controvertida entre la obligatoriedad del registro de jornada y las formas de trabajo flexibles. En concreto, haremos alusión al contexto de aprobación de la norma para, posteriormente, exponer el tenor literal e interpretar la norma únicamente en lo referente a la flexibilidad. La finalidad del anterior íter sería recordar las circunstancias que rodearon la aprobación del art. 34.9 ET y acercarnos a la relación, no siempre pacífica, entre flexibilidad del tiempo de trabajo y el mandato del art.34.9 ET.

2.1. Contexto laboral de la aprobación del registro de jornada

A fin de garantizar el cumplimiento de la normativa relativa al tiempo de trabajo, especialmente, evitar el exceso fraudulento de la jornada legal o convencional, el RDL 8/2019 introdujo la obligación de la empresa de garantizar el registro diario de jornada¹⁶.

¹⁴ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, *Guía sobre el registro de jornada*, p. 7.

Recuperado en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>
Vid. et.: Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada, p.14. Recuperado en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf

¹⁵ STC de 16 de julio de 1985 (RTC1985/88).

¹⁶ Sobre la materia vid. Igartua Miró, M.T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, TEMAS LABORALES 147/2019, pp. 115-149.

Previamente a la implementación legal de la obligatoriedad del registro diario de jornada, se asistió a un periodo de vaivenes judiciales y de decisiones contradictorias¹⁷ resuelto con la aprobación de la norma referida y con la STJUE de 14 de Mayo de 2019¹⁸ aludida con carácter previo.

Como ya hemos indicado, el objetivo principal de la aprobación del registro de jornada es evitar la precarización de las relaciones laborales. Para ello, con el registro aludido se pretende: garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada legal¹⁹ o convencionalmente establecida y dotar a la ITSS de instrumentos para controlar el cumplimiento de la normativa laboral en materia de jornada, así como para facilitar la prueba para las personas trabajadoras en caso de reclamaciones²⁰.

Asimismo, la exposición de motivos del RD 8/2019, en lo que respecta a la flexibilidad de nuestra normativa de tiempo de trabajo, indica que la flexibilidad no puede confundirse con el incumplimiento de las normas sobre la jornada máxima y horas extraordinarias. Consecuentemente, se manifiesta que la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas.

La redacción del art. 34.9 ET, en lo relativo a una de las características de nuestra normativa laboral -la flexibilidad del tiempo de trabajo-, es muy general e indeterminada como mostraremos en el siguiente apartado. La obligación de garantizar el registro de jornada generó incertidumbre a las empresas sobre numerosos aspectos relacionados con el mismo, especialmente el vinculado con la flexibilidad del tiempo de trabajo²¹. Como respuesta a las dudas que generaba

¹⁷ El objeto de la controversia consistía en si el art. 35.5 ET obliga al empresario a llevar un registro diario de jornada o, por el contrario, únicamente un registro de horas extraordinarias.

Vid.: A favor del registro de jornada diario: SAN 4 de Diciembre de 2015 (recurso 301/2015) y SAN 19 de Febrero de 2016 (recurso 383/2015). En contra: STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/5738) y STS de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017/1174).

Como puede comprobarse de los pronunciamientos anteriores, la obligatoriedad del registro diario de jornada ha sido una reivindicación arraigada de los sindicatos.

¹⁸ Sepúlveda Gómez, M., “La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario”, *Temas Laborales*, 148/2019, pp. 217-228.

¹⁹ Según la EPA de 2018, cada semana de 2018 se realizaron 6,4 millones de horas extras en España y un 48% de las personas trabajadoras que declararon realizarlas también manifestaron que no les son abonadas ni, por tanto, se cotiza por ellas a la Seguridad Social.

²⁰ Exposición de motivos del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

²¹ Dudas relacionadas con el registro de jornada: cómputo de jornada (las interrupciones, compatibilidad con la flexibilidad permitida en el art. 34 ET) y sistemas de registros.

Vid. el comunicado de CEPYME de 8 de mayo. Recuperado en: <https://www.cepyme.es/wp-content/uploads/2019/05/NdP-Registro-horario.pdf>

la implantación del registro de jornada el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social publicó una guía sobre el registro de jornada (Guía, en adelante) y el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada.

2.2. Artículo 34.9 ET e interpretaciones vinculadas a la flexibilidad

En este apartado abordaremos, sin ánimo de exhaustividad, la interpretación que del precepto en cuestión –art. 34.9 TRET- han llevado a cabo tanto el propio Ministerio de Trabajo, a través de su Guía²², como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través de su Criterio Técnico 101/2019. Los anteriores documentos orientan a los sujetos obligados en los supuestos donde concurren elementos de flexibilidad horaria para cumplir el mandato del art. 34.9 ET.

Partiremos para ello del tenor del propio art. 34.9 TRET, conforme al cual: “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria 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 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”²³.

A nuestro juicio, la regulación anterior adolece de cierta generalidad e indeterminación, posiblemente intencionada, y propio de las normas generales produce incertidumbre en numerosas cuestiones y, por ende, puede poner en riesgo la efectividad del registro de jornada y su finalidad. Entre otros aspectos no aclarados por la regulación encontramos: tiempos de la jornada computables que deben de ser incorporados al registro, necesidad de reflejar las interrupciones o pausas, sistema adecuado y el cumplimiento efectivo de la obligación ante modos

En este Cepyme traslada las dudas de las empresas sobre la aplicación del registro de jornada en situaciones como el teletrabajo, comerciales, trabajo por objetivos, trabajo intelectual, jornadas irregulares, flexibilidad para conciliar, entre otras situaciones en las que concurre el elemento de flexibilidad laboral.

²² La finalidad del documento es facilitar la aplicación práctica de la norma, recogiendo uno criterios, a mero título informativo, sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden social.

²³ Acerca de la obligatoriedad del art. 34.9 ET, el Criterio Técnico indica que la llevanza del registro de jornada no es una opción para el empresario, sino que se trata de un deber que deriva del término “garantizará”. Por tanto, es una obligación y no una mera potestad del empleador.

de organización y formas de trabajo flexibles. La regulación legal parece dejar este amplio espacio regulatorio sin determinar a fin de que la negociación colectiva, los acuerdos de empresa y, en su defecto, la decisión del empresario previa consulta de los representantes legales de los trabajadores aporten respuestas adaptadas a las peculiaridades organizativas de los sectores, de las empresas e, incluso, de determinados grupos profesionales de trabajadores.

La Guía, con carácter didáctico, pretende aclarar algunos de los aspectos mencionados. En relación a los supuestos de flexibilidad del tiempo de trabajo destacamos el siguiente contenido:

Ámbito de aplicación

En cuanto al ámbito de aplicación, se aplica a la totalidad de los trabajadores incluidos en el art. 1.1 ET. La Guía aclara la inclusión de los trabajadores “móviles”, comerciales, temporales, trabajadores a distancia o cuales quiera otras situaciones en que la prestación laboral no se desenvuelve, total o parcialmente, en el centro de trabajo de la empresa. Asimismo, la Guía prevé una serie de peculiaridades y excepciones²⁴ de las que destacamos dos:

- a) Personal que no se considere estrictamente personal de alta dirección y tengan suscritos un régimen de libre disponibilidad de tiempo de trabajo o forma parte de sus obligaciones contractuales su plena disposición horaria para el cumplimiento de su actividad profesional (mandos intermedios, cargos de confianza o con ejercicio de especialidades responsabilidades).

En este caso, la jornada diaria de estos trabajadores deberá de ser objeto de registro, sin perjuicio de la acreditación de su tiempo de trabajo mediante el pacto de disponibilidad horaria, interpretándose que la retribución obtenida por el trabajador ya compensa de manera proporcionada esa mayor exigencia de tiempo de trabajo²⁵. Por ello, indica la Guía, sería recomendable que la capacidad de regulación de los sujetos colectivos mediante la negociación colectiva o acuerdo de empresa dejara constancia

²⁴ Relaciones laborales de carácter especial (alta dirección completamente excepcionada), trabajadores que cuentan con un régimen específico o particular de jornada (trabajadores con contratos a tiempo parciales, trabajadores con registros específicos regulados en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo), relaciones excluidas del ET (socios trabajadores de cooperativas, trabajadores autónomos, etc.).

²⁵ En relación al criterio económico, conviene tener presente a efectos ilustrativos o comparativos la Directiva 88/2003 y la STJUE de 14 de mayo de 2019 (TJCE 2019/90). Según las anteriores, la limitación de la duración de la jornada no debe ser condicionada por el factor económico.

de tal circunstancia para evitar situaciones indiciariamente abusivas o desproporcionadas.

- b) En relación a los modos de organización flexible basados en formulas de flexibilidad del tiempo de trabajo y de distribución irregular de la jornada, incluido el trabajo a distancia o teletrabajo y horarios flexibles del trabajador, dentro siempre de los límites legales y convencionales aplicables.

En el fáctico anterior, el registro diario de jornada no se considera obstáculo, ya que se considera un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo²⁶. La Guía, en este sentido manifiesta que el registro diario de jornada deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efecto en dichas secuencias superiores a la diaria²⁷.

A este respecto, el Criterio Técnico sostiene que la flexibilidad horaria que brindan las normas laborales no pueden perjudicar los derechos de las personas trabajadoras. En concreto, en referencia a la expresión prevista en el art. 34.9 ET “sin perjuicio de la flexibilidad que se establece en este artículo”, el Criterio Técnico sostiene que a la hora de determinar el cumplimiento de determinados límites en materia de tiempo de trabajo deberá hacerse de forma integral, considerando todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución en materia de tiempo de trabajo. Seguidamente, recomienda que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo.

En relación a lo anterior, interesa destacar que la STS de 4 de diciembre de 2019 (RJ/2019/5483) declara que la empresa no está obligada a llevar un registro de compensación de jornada firmada por cada trabajador, ni tampoco su correlativa prolongación de jornada debido a que no existe ninguna norma legal ni convencional que lo exija.

²⁶ De forma similar lo expresa el Criterio Técnico 101/2019, sosteniendo que la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normativas.

²⁷ Dado que cabe variabilidad de la jornada diaria de trabajo (jornadas diarias superiores compensadas con otras inferiores) cuyo computo a efectos de determinación del tiempo de trabajo realmente realizado por el trabajador requiere periodos o secuencias temporales superiores al día. Por tanto, el hecho de que se detecte en el registro un exceso en una jornada diaria no se interpretará como extraordinaria o por encima del pactado si, analizados los restantes registros de días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria.

Contenido del registro

En relación al contenido objeto de registro nos detendremos en el supuesto de interrupciones o pausas concurrentes entre el inicio y la finalización de la jornada diaria²⁸.

Previamente, conviene indicar que el art.34.9 ET prevé como computable el tiempo de trabajo, refiriéndose al tiempo efectivo de trabajo. Por tanto, con carácter previo al registro es necesario determinar la naturaleza de los tiempos. La anterior labor ha generado numerosa conflictividad, resuelta en los tribunales²⁹.

Respecto a las pausas, en el caso de producirse, la Guía recomienda que sea objeto de llevanza, en especial, lo relativo a las pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo³⁰.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, la Guía sostiene que cuando la expresión legal, convencional o contractual de esas interrupciones o pausas es clara, predeterminada y global el registro diario puede eludir esos elementos configurativos internos de la jornada diaria, porque resultan identificables en relación con esos otros instrumentos que permiten dar certeza y seguridad jurídica del tiempo de trabajo realizado y retribuable³¹.

Asimismo, el Criterio Técnico 101/2019, coincidiendo en términos generales con la Guía, aclara que el art.34.9 ET no exige el registro de las interrupciones que no tengan la consideración de tiempo de trabajo. Este sostiene que al tratarse de una norma de mínimos y conforme al segundo párrafo del art. 34.9 ET, el registro de jornada podrá organizarse de manera que incluya las interrupciones o pausas que se consideren, siempre y cuando el registro incluya necesariamente el horario de inicio y finalización de la jornada³².

²⁸ El registro de las pausas para tomar café o fumar, no previstas en los convenios pero toleradas por las empresas con anterioridad a la aprobación del art.34.9ET, han sido objeto de numerosas impugnaciones de acuerdos de registro horario. No obstante, en la mayoría de las resoluciones se desestima la existencia de una condición beneficiosa debido a la falta de acreditación de la misma. Vid. SAN de 10 de diciembre de 2019 (AS/2020/578).

²⁹ STS de 1 de diciembre de 2015 (RJ/2015/6208). STS de 18 de noviembre de 2016 (RJ/2016/6085). STS 13 de julio de 2017 (RJ/2017/3986). Auto TS de 16 de julio de 2019 (JUR/2019/242617).

³⁰ STJUE 21 de febrero de 2018 (TJCE/2018/5).

³¹ A nuestro entender, la realidad formal no es el objetivo del registro; contractualmente puede existir una pausa pero no disfrutarse.

³² Resolución de 29 de Diciembre de 2020 por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa Industrias Espadafor S.A., (BO. Granada 14-1-2021).

En relación a las pausas, el art. 26 del anterior convenio vincula la posibilidad de descontar

La SAN de 29 de Octubre de 2019 (AS/2019/226) se pronuncia sobre una concreta pauta relacionada con las pausas prevista en un acuerdo de registro de jornada. En resumen, la pauta consiste en aplicar un factor corrector -que se restará de la jornada diaria- de dos horas en jornada partida y media hora en jornada completa a fin de contemplar en el registro los descansos, pausas para la comida y/o desayuno o cualquier otra y evitar tener que registrar en cada momento las interrupciones.

La Audiencia Nacional no valora la adecuación del factor corrector al registro de jornada, ya que el sindicato impugna el acuerdo de registro por sostener que la medida provoca la modificación del régimen de jornada y horario previsto en el convenio. Según el sindicato, el factor corrector impide al trabajador a tiempo completo reducir la pausa de la comida al tiempo previsto en el convenio (una hora y media).

La Sala, sin pronunciarse sobre la fiabilidad del sistema, sostiene que no se ha producido una modificación del régimen de horarios. Entre otras razones, porque el trabajador podrá en todo caso acreditar que la pausa de la comida fue de hora y media, a pesar de la aplicación del factor corrector de dos horas.

Sistemas de registro

En relación a los medios susceptibles de utilizar para el cumplimiento de la obligación de registro de jornada, la norma no establece una modalidad específica o predeterminada para el registro de jornada diario; la norma llama a su autoregulación, a través de la negociación colectiva o acuerdo de empresa.

La Guía aclara que será válido cualquier sistema o medio, en soporte en papel o telemático, apto para proporcionar información fiable, inmodificable y no manipulable a posteriori, ya sea por el empresario o por el propio trabajador. Además, propone la utilización de sistemas telemáticos o similares que permiten incluir las especificidades de la jornada y la flexibilidad de la misma. La anterior, también sugiere que podría ser válida para dar cumplimiento a obligación legal el sistema de firma por la persona trabajadora o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o del trabajador a distancia³³.

Acerca de la validez del sistema de registro se pronuncia la SAN de 9 de diciembre de 2020 (JUR/2021/6389). Esta considera que “el hecho de que un

del tiempo de trabajo efectivo las pausas e interrupciones a la necesidad de reflejarlas a través del registro. En concreto sostiene: “Las empresas podrán descontar los periodos de descansos y pausas de la jornada laboral en cómputo mensual, siempre que se haya reflejado convencionalmente en el registro horario”.

³³ Todo ello, sin perjuicio de la capacidad de control y poder de dirección del empresario para asegurar la veracidad de la declaración unilateral del trabajador.

sistema de registro se funde en datos declarados unilateralmente por el trabajador no colisiona ni con el art. 34.9 del E.T que se limita a remitir el sistema de registro a la negociación colectiva, ni con lo dispuesto en la doctrina del TJUE de la que en modo alguno cabe inferirse que se proscriba tal tipo de registro de jornada. Ciertamente, a lo largo de los pasajes transcritos de la STJUE se hace referencia a que el sistema debe ser objetivo y fiable, pero dichas notas en nuestro parecer no se desvirtúan por el mero hecho de que sea el trabajador quién declare diariamente y mediante una aplicación informática y excepcionalmente mediante hojas escritas el tiempo diario efectivamente trabajado”.

Finalmente, la Guía afirma que en los supuestos en los que se opte por la utilización de dispositivos digitales o el uso de sistemas de videovigilancia o de geolocalización, deben respetar los derechos de los trabajadores a la intimidad previsto en el art. 20 bis ET, que remite a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

3. EL REGISTRO DE JORNADA EN EL TRABAJO A DISTANCIA

Aunque en los apartados anteriores nos hemos referido al trabajo a distancia en relación al registro de jornada, en este apartado nos detendremos en la forma de trabajo a distancia en el marco del reciente RDL 28/2020. Partiremos haciendo alusión al contexto de aprobación y a las características generales de la norma referida y, seguidamente, traeremos a colación el articulado relativo al tiempo de trabajo, especialmente, el dedicado al registro de jornada. Con el anterior recorrido se pretende vislumbrar la existencia de algunas características inherentes a la modalidad de trabajo a distancia, vinculadas al tiempo de trabajo, susceptibles de incidir negativamente en el cumplimiento efectivo del registro de jornada.

3.1. Trabajo a distancia y rasgos principales del RD 28/2020

El trabajo a distancia podría definirse como aquel que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa, siendo el teletrabajo una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías³⁴.

La utilización de la modalidad de trabajo a distancia en España, en concreto el teletrabajo, ha venido experimentando un incremento en su utilización -aunque más lento que en los países de nuestro entorno- debido al avance de las nuevas tecnologías. No obstante, el inicio de la crisis sanitaria ha provocado que el

³⁴ Exposición de motivos RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE 23-9-20).

recurso a esta forma de trabajo se haya generalizado en la mayoría de los sectores productivos que su naturaleza lo permiten³⁵.

El uso de los dispositivos tecnológicos para la realización de la prestación laboral altera los elementos del contrato de trabajo y, consecuentemente, las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por tanto, el uso masivo y generalizado del teletrabajo aceleró la elaboración y aprobación de una normativa que diese respuesta a las necesidades inherentes de esta forma de trabajo que, hasta el entonces, presentaba una regulación insuficiente en el art. 13 ET. Así, el 23 de septiembre de 2020 se publica el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Según la exposición de motivos de la norma anterior, en la actualidad, más que un trabajo a domicilio lo que existe es un trabajo remoto y flexible, que permite que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo. Se afirma por la propia norma que se produce una virtualización de las relaciones laborales que desvincula a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concreto, desplazando las formas de organización empresarial tradicional e incorporando prácticas novedosas y más flexibles.

En relación con el tiempo de trabajo, los efectos del fenómeno de relativización del lugar y el tiempo de trabajo produce como ventajas: mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; mayores posibilidades de autoorganización, con consecuencias positivas para la conciliación de la vida personal y familiar; productividad y racionalización de horarios. No obstante, esta forma de trabajo también conlleva números inconvenientes: protección de datos, tecnoestrés, horario continuo, dificultad para discernir entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral.

- Rasgos generales de la normativa

Según la exposición de motivos del RDL 28/2020, la regulación básica desarrolla como ejes tres aspectos mínimos: 1- Su definición, donde el carácter regular de esta forma de trabajo es el aspecto relevante a efectos de prever un mayor protección, garantizándose la necesaria flexibilidad en su uso, que se

³⁵ El art. 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18-3-20) establece el carácter preferente del trabajo a distancia frente a otras medidas en relación con el empleo, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado, tratándose de una norma excepcional y de vigencia limitada.

Según la encuesta Eurofound «living working and COVID-19, casi cuatro de cada diez trabajadores (un treinta y siete por ciento) empezaron a teletrabajar en la pandemia».

acomodará a las distintas circunstancias e intereses concurrentes de empresas y personas trabajadoras.; 2- El carácter voluntario para la persona trabajadora y la empresa, debiendo adaptarse mediante acuerdo por escrito que permiten garantizar con claridad y transparencia el contenido de sus elementos esenciales, más allá de los que puedan deducirse de la normativa laboral de carácter general.; 3- Respecto a las condiciones de trabajo, las personas que desarrollan el trabajo a distancia se beneficiarán de los mismos derechos que los garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a las personas comparables que trabajen o, de existir, trabajasen en los locales de la empresa³⁶.

Finalmente, el RDL 28/2020 se caracteriza por el papel predominante y necesario que le atribuye a la negociación colectiva, ya que la norma aludida realiza continuas remisiones a la hora de definir numerosos aspectos del contenido del trabajo a distancia.

3.2. Previsiones sobre el tiempo de trabajo y derecho al registro horario adecuado

En este apartado expondremos de forma general la regulación referida al tiempo de trabajo y, más detenidamente, el precepto dedicado al registro horario previsto en el RDL 28/2020.

La importancia del tiempo de trabajo en la modalidad del trabajo a distancia se detecta en la propia regulación del RDL 28/2020, en la que encontramos numerosas referencias al tiempo de trabajo, como son las siguientes:

- Principio de igualdad de trato (art. 4)

El art. 4 del RDL 28/2020 hace referencia expresa al tiempo de trabajo cuando desarrolla el principio de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación de las personas que desarrollan el trabajo a distancia respecto a los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa. Según este principio, los que desarrollen el trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio en ninguna de las condiciones de trabajo, entre ellas, el tiempo de trabajo.

- Contenido mínimo del acuerdo del trabajo a distancia (art.7)

A tenor de lo dispuesto en el art. 7 de la norma aludida, el acuerdo de trabajo a distancia deberá recoger, entre otros: el horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; el porcentaje y distribución

³⁶ No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del trabajo a distancia, el RDL 28/2020 recoge aspectos complementarios que resultan necesarios precisamente para garantizar que se mantiene el mismo nivel de protección.

entre el trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; y los medios de control empresarial de la actividad. No obstante, en el listado del art. 7, se encuentra ausente la necesidad de establecer el sistema de control de registro de jornada.

- Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo (art.13 y 14)

Asimismo, en los artículos 13 y 14 del RD 28/2020 se consagran dos derechos con repercusión en el tiempo de trabajo: el derecho al horario flexible en los términos del acuerdo y el derecho al registro horario adecuado.

Conforme al primero, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido de conformidad con lo establecido en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso.

A nuestro parecer nos encontramos ante un derecho relativo, que depende de lo establecido en el acuerdo de trabajo y en la negociación colectiva, por lo que la efectividad del mismo es limitada al encontrarse condicionada. En este caso se delega en la negociación colectiva el establecimiento de reglas novedosas que permitan materializar el derecho de la persona trabajadora a flexibilizar el horario de su prestación de servicios. En el supuesto en el que la negociación colectiva no regule esta derecho del trabajador, inicialmente, consideramos que a través del acuerdo de trabajo a distancia encontrará más dificultades de ser desarrollado debido al inherente desequilibrio de poder de las partes de la relación laboral.

Con respecto al segundo, el sistema de registro horario que se regula en el art. 34.9 ET del ET, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Si comparamos este precepto con el art.34.9 ET, no encontramos en general diferencias relevantes desde un punto de vista material. En este sentido, a pesar de que la modalidad de trabajo a distancia afecta de forma directa al tiempo de trabajo, apreciamos que no se complementa la regulación del art. 34.9 ET para dar respuesta a las referidas peculiaridades. Las peculiaridades del trabajo a distancia no son neutras para las condiciones de trabajo (especialmente al tiempo de trabajo) sino que conllevan una serie de riesgos, ya referidos, que no encuentran respuesta legal³⁷.

³⁷ Entre los riesgos o dificultades que inciden en la efectividad del registro de jornada se encuentran: la difuminación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, la flexibilidad inherente a esta forma de trabajo, la dificultad de controlar el tiempo efectivo de trabajo y la recurrente utilización de los tiempos de disposición.

Además, respecto a la organización del registro, se aprecia una diferencia entre el art. 34.9 ET y el art. 14 RDL 28/2020. Mientras que el art.34.9 ET delega la organización aludida en la negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, en la decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores; el art. 14 RD 28/2020 solo hace referencia a lo previsto en la negociación colectiva. Sin perjuicio de la interpretación anterior, conviene advertir que el art. 14 hace referencia al registro de jornada que se regula en art. 34.9 ET, por lo que podríamos encontrarnos interpretaciones diversas a este respecto. La redacción no es clara en cuanto a la fuente normativa que debe primar.

En lo referente al objeto de registro, el art. 14 indica que deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada. A nuestro juicio, cuando el artículo se refiere a “el tiempo que la persona trabajadora que realiza el trabajo a distancia dedica a la actividad laboral”, parece referirse claramente al tiempo efectivo de trabajo. Por lo que salvo que la negociación colectiva regule lo contrario no se podría computar como tiempo de trabajo los tiempos de disposición³⁸. De este modo, como comprobaremos en el apartado siguiente, algunos convenios o acuerdos colectivos hacen referencia a los tiempos de disposición a efectos de computarlos y considerarlos como tiempo efectivo de trabajo.

Finalmente, el artículo 14 deja abierta la posibilidad de que en el registro se incluya algún dato adicional al momento de inicio y finalización de la jornada en contraste con lo dispuesto en el art. 34.9 ET que no incluye la terminación “entre otros”.

- Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva (art. 16)

El legislador muestra preocupación por las consecuencias en la salud de los teletrabajadores, especialmente, por la incidencia negativa que los usos del tiempo de trabajo pueden generar en la salud. A este respecto, según el art. 16 del RD 28/2020 la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tenerse en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, en particular, la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

³⁸ Resolución de 22 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE 4-02-2020).

- Derecho a la desconexión digital (art.18)

Finalmente, debido a su indudable proximidad con la materia del tiempo de trabajo³⁹, debemos de hacer referencia al art.18 del RDL 28/2020 que reconoce el derecho a la desconexión digital. Según el precepto anterior, este derecho conlleva la limitación de uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración de la jornada máxima de la jornada y cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

Además, este de derecho conlleva la obligación de la empresa de elaborar una política interna, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, dirigida a personas trabajadoras, incluidas los que ocupen puestos directivos, en las que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Finalmente, el art. 18 delega en la negociación colectiva o en los acuerdos colectivos de empresa la fijación de unas reglas concretas para garantizar en cada caso la efectividad del derecho y los instrumentos que se utilizarán para llevarlo a cabo⁴⁰.

4. BREVES PREVISIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En este apartado traeremos a colación algunos aspectos de convenios o acuerdos colectivos a fin de comprobar la tendencia regulatoria que ha tomado la negociación colectiva respecto a la organización del registro de jornada en relación a la organización y formas de trabajo flexibles. Es decir, las adaptaciones que las normas paccionadas están proporcionando para garantizar el cumplimiento del registro de jornada en supuestos en los que concurren elementos de flexibilidad laboral.

³⁹ Esta vinculación entre el registro de jornada y el derecho a la desconexión digital puede apreciarse en los acuerdos aprobados a través de la negociación colectiva para regular el registro de jornada, ya que en numerosos casos ese mismo documento recoge previsiones sobre el derecho a la desconexión digital. Vid. el Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca, citado anteriormente.

⁴⁰ López Álvarez, M.J., *Jornada Laboral Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019 p. 67.

- Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca⁴¹

Una de las finalidades de este acuerdo, según el mismo, es establecer un sistema de registro diario de jornada compatible con las medidas de flexibilidad establecidas en las entidades.

Del contenido del acuerdo procedemos a destacar dos aspectos del registro relacionados con el sistema: el registro de excesos de jornadas y las pausas, y los datos que se deben de incluir en el registro.

Acerca del sistema, se designa la modalidad telemática. No obstante, el sistema de registro se podrá llevar en papel, de forma manual, cuando la persona trabajadora no dispusiera de ninguna aplicación tecnológica o dispositivo puesto a disposición de la empresa. Asimismo, para el correcto funcionamiento del sistema, el acuerdo prevé el deber de los trabajadores y trabajadoras de cumplimentar el modelo de registro diario implantado por la empresa, bajo el principio de buena fe contractual y de acuerdo con la legalidad vigente. Por tanto, se establece el carácter de deber laboral para la cumplimentación del registro diario.

Respecto al registro de excesos de jornadas y las pausas, el convenio faculta al ámbito de la empresa para que concrete la regulación sobre el registro de excesos y déficits de jornada, así como los tiempos y pausas que no se consideren tiempo de trabajo diario.

Finalmente, en cuanto al contenido del registro, se establecen tres datos necesarios para ser completado: hora de inicio de la jornada, finalización del mismo y tiempo efectivo de trabajo.

Resulta relevante destacar, en relación al momento de inicio y finalización del cómputo, que para la persona trabajadora que por sus funciones o responsabilidades esté autorizada para iniciar su prestación desde otra ubicación física se prevé tener en cuenta como momento inicial o final del cómputo la puesta a disposición a la empresa.

Asimismo, el acuerdo aclara que para que compute la hora de inicio como tiempo efectivo de trabajo se establece como requisito que la misma se encuentre dentro del rango de jornada y horarios que correspondan al trabajador⁴².

⁴¹ Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE 4-02-2020).

Vid et.: Resolución de 19 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acuerdo sobre el registro de jornada de las personas trabajadoras del Convenio Colectivo del Grupo Santander (BOE 2-11-2020).

⁴² SAN de 10 de diciembre de 2019 (AS/2020/578). La anterior se pronuncia sobre la petición de nulidad de la medida consistente en la necesidad de autorización previa del responsable directo para la realización de las horas extraordinarias, en lugar de la realización efectiva y material de estos

- Acuerdo sobre registro de jornada de los trabajadores de Heineken España, S.A.⁴³

De este acuerdo únicamente mostraremos su posicionamiento respecto a las pausas y sobre la consideración de tiempo de trabajo de tramos temporales que no suelen ser considerados como computables a efectos de registros.

En este acuerdo se prevé que las pausas y tiempos de trabajo no efectivos puedan ser informados a elección de la persona, a inicio y fin de cada uno de estos intervalos o a la finalización de la jornada. Para ello, la herramienta permitirá que el empleado registre los tiempos adicionales de trabajo o tiempos de trabajo no efectivos a fin de que la información registrada recoja la jornada real efectiva.

Asimismo, resulta destacable de este acuerdo la posibilidad de computar como tiempo de trabajo efectivo el tiempo dedicado a las tareas administrativas, formación o gestión que los comerciales puedan realizar en su casa (preparando reuniones, la agenda o tramitando documentación, etc.) siempre que quede acreditada dicha actividad. En este sentido, el acuerdo sostiene que se deposita una gran confianza en los empleados de la compañía al permitir el ajuste de los tiempos realizados fuera de sus instalaciones y manteniendo la actual flexibilidad en la organización de las jornadas. Según el acuerdo, esta confianza en los empleados se complementa con la posibilidad de la empresa de disponer de los sistemas y cruce de información recogida en el punto anterior para confirmar por la dirección de la empresa que los registros informados como tiempo de trabajo efectivamente lo son.

- Convenio Colectivo de la empresa NORBOLSA S.V., S.A.⁴⁴

El artículo 8 de la anterior norma, relativo al registro de jornada laboral, presenta una reducida redacción, tanto es así que ni siquiera establece la modalidad con la que se llevará a cabo el registro. Únicamente, establece previsiones sobre qué debe considerarse tiempo efectivo y relativas al régimen de las pausas.

trabajos más allá de la jornada ordinaria. El demandante sostiene que la exigencia de autorización supone una alteración de las condiciones de trabajo tras la aprobación del acuerdo del registro de jornada. La AN se pronuncia en contra de esta petición, en base a lo dispuesto en el art. 35 ET el cual exige el consentimiento de ambas partes. Además, ésta sostiene que no consta acreditado que la realización de horas extras quedase al arbitrio del trabajador, lo que contravendría el art. 1565 Cc.

⁴³ Resolución de 11 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre registro de jornada de los trabajadores de Heineken España, S.A. (BOE 19-10-2020).

⁴⁴ Resolución de 14 de febrero de 2020 por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa NORBOLSA S.V., S.A. (BO. Bizkaia 16-5-2020).

Según el anterior, se considerará jornada laboral, el tiempo de presencia en Norbolsa registrado como diferencia entre el momento de inicio y finalización de la jornada.

En relación a las pausas, el convenio colectivo define dos tipos de descanso: En primer lugar, el descanso mínimo de una hora para comer, pudiendo ser superior. En este último caso debe registrarse el descanso real. En segundo lugar, un tiempo estimado en pausas dedicadas a cuestiones ajenas a la propia actividad laboral de media hora más.

Acerca del contenido del registro, el convenio establece que la jornada de trabajo se calcula descontando a la jornada laboral los periodos de descanso aludidos anteriormente.

Además, el convenio sostiene que el registro horario no supone ninguna limitación a la permanencia del personal en la oficina una vez terminada su jornada laboral y el uso para fines personales de los equipos informáticos y ofimáticos de Norbolsa asignando al empleado.

A nuestro juicio, inicialmente, nos encontramos ante una previsión no usual, ya que prevé la posibilidad de que el trabajador en su tiempo de descanso utilice las instalaciones de la empresa. Aunque este hecho puede considerarse compatible a la legislación, sería recomendable que la empresa garantizase que el trabajador en el tiempo referido no se encuentre realizando labores relacionadas con la actividad de la empresa. A nuestro parecer, a pesar de esta previsión del convenio colectivo, en el supuesto de una hipotética inspección de trabajo partiríamos de una presunción de tiempo de trabajo y, por consiguiente, le correspondería a la empresa probar que el trabajador no se encuentre realizando la actividad profesional.

- Convenio Colectivo gallego de centros especiales de empleo⁴⁵

El anterior convenio presenta una regulación del registro diario de jornada muy limitada, prueba de ello es la utilización del mismo precepto para prever la jornada de trabajo máxima anual, distribución irregular, pausa de bocadillo y registro de jornada.

En cuanto a la regulación del registro se reduce a transcribir el primer párrafo del art. 34.9 ET. En cuanto al registro o no de las pausas deja la decisión de su registro en manos de las empresas.

Cuando se refiere al contenido objeto de registro, se indica de forma diferenciada tres datos distintos: el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo, el tiempo efectivo de trabajo y los tiempos de descansos. A

⁴⁵ Resolución de 16 de enero de 2020 por la que se registra y publica el Convenio Colectivo gallego de centros especiales de empleo (DO. Galicia 24-2-2020).

nuestro entender y como ocurre en otros convenios, hubiese sido deseable aclarar que se considera tiempo de trabajo efectivo el tiempo comprendido entre las hora de inicio y finalización, sin perjuicio del descuento de las pausas.

Finalmente, este convenio recoge supuestos que no se consideran tiempo efectivo de trabajo, entre otros: el acceso o salida al trabajo, el aseo o cambio de ropa, el de transporte al centro de trabajo, el dedicado a la comida y, por último, el descanso entre jornada.

Finalmente, se prevé como modelo preferente el telemático, aunque se considera válido el registro en soporte documental (papel). Además, se establece la obligación de la persona trabajadora de comunicación a su superior jerárquico en el caso de incidencia con el sistema de fichaje.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Destacaremos a continuación las ideas más relevantes y realizaremos algunas consideraciones críticas que nos han surgido tras el desarrollo de este trabajo.

La relevancia del registro de jornada reside o deriva en la materia objeto de registro ya que el registro no constituye un fin en sí mismo, sino que se diseña como el instrumento de control más idóneo para proteger la normativa relativa al tiempo de trabajo, especialmente el exceso irregular de jornada.

La aprobación del registro de jornada refleja una tendencia legislativa sensible con el cumplimiento efectivo de los derechos laborales, más allá de su reconocimiento legal. Una tendencia impulsada tanto por el TJUE como por la normativa comunitaria⁴⁶. Otro ejemplo, de la búsqueda del cumplimiento efectivo de los derechos laborales, en el ámbito nacional, podría ser la aprobación del registro retributivo salarial que persigue garantizar la igualdad retributiva de hombres y mujeres que realicen trabajos con el mismo valor⁴⁷.

Como hemos tratado en el primer apartado, el no establecimiento del registro de jornada o una irregular implementación podría provocar una merma en diferentes derechos fundamentales: vida e integridad física y moral; intimidad personal y familiar; propia imagen, secreto de las comunicaciones y, por último, libertad sindical y la negociación colectiva.

⁴⁶ Por ejemplo la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE 11-7-19). Vid. considerando 39.

⁴⁷ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14-10-20).

A pesar del avance normativo que supone el reconocimiento de la obligación de garantizar el registro de jornada, el art. 34.9 ET presenta una redacción insuficiente para dar respuesta a las particularidades de las distintas formas de trabajo, especialmente a las formas de trabajo emergentes con la digitalización. Asimismo, desde la inclusión del nuevo apartado 9 en el art. 34ET han existido múltiples dudas en torno a su aplicación efectiva; la principal, relacionada con las formas flexibles de trabajo.

Además, las referidas dudas tampoco han sido resueltas en el RD 28/2020 de trabajo a distancia. Al igual que el art. 34.9 ET, el art. 14 del RDL 28/2020 mantiene una redacción insuficiente y de carácter general en lugar de inclinarse por desarrollar aspectos vinculados a las particularidades del trabajo a distancia. A nuestro entender, hubiese sido pertinente complementar el criterio temporal con otros criterios propios o relacionados con la modalidad de teletrabajo, caracterizada por la flexibilidad en la ejecución de la prestación. Por ejemplo, el criterio de la productividad, este podría permitir una reducción del tiempo de trabajo con mantenimiento salarial en supuestos de aumento de productividad, fomentado la eliminación del presentismo y la ampliación de los tiempos de descansos.

El legislador delega esta gran labor en la negociación colectiva, a nuestro parecer un idóneo instrumento para adaptar las particularidades del sector o de la empresa a la obligación del registro de jornada⁴⁸. No obstante, consideramos que hubiese sido preferible establecer unos criterios legales mínimos y uniformes para reforzar la seguridad jurídica de empresas y personas trabajadoras. De la misma manera, el establecimiento de unos criterios mínimos legales adquiere especial importancia en las relaciones laborales no amparadas por ningún convenio colectivo, para garantizar la efectividad pacífica del registro de jornada en las modalidades de trabajo flexibles.

Por otra parte, el registro de jornada y las formas de organización de trabajo flexibles han sido percibidas como dos realidades, sino incompatibles, muy difíciles de articular. El principio o la máxima que debe de regir la relación entre registro de jornada y las formas de trabajo flexibles sería: a mayor dosis de flexibilidad mayor necesidad de garantizar el registro fiable, objetivo y accesible de jornada de trabajo.

⁴⁸ Según Goerlich Peset el esfuerzo normativo del RDL 28/2020 es relativo, ya que a pesar de los 22 artículos que componen el texto normativo, el peso de las normas aportan muy poco puesto que muchos artículos son remisiones previstas en otras normas laborales, como por ejemplo los derechos relacionados con el uso de medios digitales (Derecho a la intimidad y a la protección de datos, y derecho a la desconexión digital), Goerlich Peset J.M., “La regulación del teletrabajo una reflexión general”, Congreso sobre la regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo, Universidad de Valencia, 16 de noviembre de 2020.

Asimismo, conviene recordar que las modalidades de trabajo más flexibles, modalidades atípicas, derivadas de un uso intensivo de las nuevas tecnologías no encuentran adecuación en lo dispuesto en el art. 34.9 ET. Aunque la obligación de garantizar el registro de jornada incluya a todos los trabajadores comprendidos en el art. 1.1 ET, este tipo de modalidades ultra flexibles o imprevisibles no son adaptables a lo previsto en el artículo 34 ET. Nos referimos, por ejemplo a los contratos de cero horas, minitrabajos, trabajo a llamada o algunos trabajos a través de plataformas digitales. Por tanto, parece necesario que, en primer lugar, se proceda a la aplicación de la normativa actual a fin de proteger los derechos de las personas trabajadoras y, seguidamente, procedería revisar el marco normativo para regular estas nuevas formas de producción con el objetivo de proteger los derechos aludidos en el nuevo entorno laborales.

Respecto a las pausas o interrupciones y su necesidad de reflejarla en el registro, una de las cuestiones no aclarada por la norma, el MESS aunque recomienda su cómputo también sostiene que se podrá eludir cuando la expresión legal, convencional o contractual de esas pausas se clara predeterminada y global porque resultan identificables con otros instrumentos.

A nuestro parecer, la posibilidad de no registrar las pausas no parece compatible con las notas de objetividad, fiabilidad y accesibilidad que según el TJUE deben de concurrir en el registro de jornada para cumplir con la Directiva 2003/88 y el derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la CDFUE⁴⁹. Por tanto, interpretamos la no obligación de registrar las pausas como una debilidad o flaqueza del registro de jornada diaria, susceptible de eliminación a través de la negociación colectiva, de acuerdo colectivo, o en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que las interrupciones pueden ser claras desde un punto de vista formal (previstas en la ley, convenio o contrato), pero no disfrutarse. Igualmente, tenemos que recordar que la determinación del tiempo de trabajo efectivo debe de realizarse *ex post* y no *ex antes*, a fin de comprobar la realización de horas extras. Además, determinadas pausas también son tramos de tiempo protegidos por el Derecho Europeo como se deduce de los arts. 1.2 y 4 de la Directiva 88/2003, y por nuestro Derecho interno, como es, el art. 34.4 ET. Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos de gran relevancia el registro de las pausas e interrupciones para cumplir con la finalidad del registro horario del art.34.9 ET y con la Directiva 88/2003.

En lo que respecta a los sistemas o los medios susceptibles de utilizarse para dar cumplimiento a la obligación del registro, especialmente en las formas de trabajo a distancia, adquiere relevancia la protección del derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos. El establecimiento de estos

⁴⁹ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18-12-2000).

sistemas debe garantizar la objetividad, fiabilidad y no manipulación de los datos registrados y atender a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad desarrollados e interpretados por la jurisprudencia.

En referencia al sistema manual en papel consideramos que difícilmente puede garantizar la no manipulación de los mismos. Por ello, estimamos conveniente el establecimiento de garantías adicionales para la utilización de ese formato como, por ejemplo, la intervención de los representantes legales de los trabajadores en la cumplimentación y control del mismo.

A nuestro entender la mejor vía de adaptación del registro a las circunstancias y realidades de la actividad productiva se obtendría mediante la negociación colectiva, preferiblemente sectorial, que debería establecer o sugerir los tipos de registros más adecuados para garantizar el registro de jornada. En cualquier caso, como subraya la Guía, la obligación del artículo 34.9 ET no depende de lo previsto en la negociación colectiva o acuerdo de empresa, siendo exigible en todo caso.

Por otra parte, tras el inicio de la crisis sanitaria, el incremento de la utilización mayoritario de la modalidad de teletrabajo reforzó la necesidad de aprobar una normativa adaptada a esta forma de trabajo, que tuviese en cuenta las peculiaridades y los riesgos de esta modalidad con el objetivo de mantener la protección de los derechos de los trabajadores.

La organización de tiempo de trabajo en la modalidad de teletrabajo tiende claramente hacia la flexibilidad, abandonando las formas organizativas tradicionales. Se aprecia una relativización del lugar concreto y un desplazamiento del tiempo concreto en la prestación de servicios, adquiriendo importancia la figura de la disponibilidad.

La disponibilidad del trabajador para prestar servicios en la empresa, por regla general⁵⁰, no tiene consideración de tiempo de trabajo pero incide en el descanso y la conciliación de la vida personal y familiar. Por tanto, la abusiva utilización de esta figura puede trasgredir los derechos referidos. Consecuentemente, creemos necesaria su regulación legal a fin mitigar los riesgos de la misma para los derechos de las personas trabajadoras. Hasta entonces y ante la previsible generalización del uso de la figura aludida, recomendamos su regulación a través de la negociación colectiva limitando su uso a actividades productivas en las que la disponibilidad sea imprescindible y siempre que la anterior no vulnere derechos de las personas teletrabajadoras, entre ellos, el derecho a la igualdad de trato respecto de los trabajadores de la empresa que prestan servicios en el centro de trabajo. La regulación a través de la negociación colectiva de la disponibilidad, limitando su uso y asignado una retribución para los trabajadores compensando las restricciones en la libertad de su tiempo de descanso, adquiere más relevancia en los supuestos

⁵⁰ STJUE de 21 de febrero de 2018 (TJCE 2018/5).

de inexistencia de trabajadores presenciales en la empresa, por la dificultad de aplicar el principio de igualdad de trato.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos el derecho a la desconexión digital puede contribuir a impedir el uso abusivo de los tiempos de disposición, ya que según lo dispuesto en el art. 18 RDL 28/2020 tal deber empresarial “conlleva una limitación de uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descansos, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que disponga la normativa legal o convencional aplicables”.

Esta convergencia en la protección del tiempo de descanso del registro de jornada y del derecho a la desconexión se refleja en numerosos acuerdos colectivos en los que se desarrolla tanto el registro horario como el derecho a la desconexión digital. A nuestro juicio, la regulación conjunta de los derechos laborales anteriores es una práctica recomendable para abordar de forma completa la protección del tiempo de descanso de las personas trabajadoras.

En relación al papel de la negociación colectiva, en lo que respecta al registro de jornada, consideramos que presenta un papel crucial para su cumplimiento efectivo debido a la insuficiente regulación legal, a pesar de que el cumplimiento del art. 34.9 ET no se supedita al desarrollo de la negociación colectiva. Asimismo, a nuestro juicio, el nivel sectorial sería el propicio y adecuado para organizar el registro de jornada, dejando cuotas de adaptación disponibles para el nivel empresarial⁵¹. Asimismo, la negociación colectiva tiene la oportunidad de prever las situaciones laborales que presenten naturaleza de tiempo de trabajo efectivo, con carácter aclaratorio y a fin de reducir la conflictividad judicial. A este respecto sería recomendable que la negociación colectiva materializase el criterio extensivo sobre la naturaleza de “tiempo de trabajo” basada en la limitación de la libertad de disponer de tu tiempo de la persona trabajadora⁵², mediante la redacción de un conjunto de supuestos relacionados con el sector de la actividad donde concurren esta limitación de libertad.

⁵¹ Resolución de 3 de agosto de 2020, de Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (BOE 14-10-2020).

Según lo dispuesto en el art. 39.2 se designa el nivel de empresa para organizar y documentar el registro de jornada.

⁵² Ortega Lozano, P.G. “El concepto de tiempo de trabajo y su delimitación como tiempo de trabajo efectivo por la jurisprudencia”, ponencia presentada en las *XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. El nuevo escenario en materia de materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, 12 y 13 de diciembre de 2019. Recuperado en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=b1bd9872-2cdb-4271-889f-0a6895670a36&groupId=10128, p.16.

Finalmente, también sería recomendable que la negociación colectiva refuerce las insuficiencias que el registro de jornada vaya exteriorizando a través de los pronunciamientos judiciales. Por ejemplo, a efectos de facilitar el control, puede ser útil la inclusión en el registro de jornada de los datos relativos a prolongaciones de jornada y sus correspondientes compensaciones derivadas por ejemplo de la jornada irregular⁵³.

Por otro lado, y para terminar, apreciamos cierta desnaturalización en relación a la finalidad registro de jornada de trabajo, ya que tras la aprobación de la obligación del registro diario de jornada se vienen exteriorizando unos efectos no pretendidos por el legislador en el momento de la aprobación del art. 34.9 ET. Entre otros: la utilización del sistema de registro para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores, que en algunos casos pueden llegar a suponer una invasión a su esfera íntima y personal; la obligatoriedad de los trabajadores a efectuar unilateralmente el registro de jornada, conllevando sanciones en caso de incumplimiento; por último, la no consideración de algunas interrupciones como tiempo efectivo de trabajo tras la aprobación del art. 34.9 ET (desayunos, pausa del bocadillo, pequeñas interrupciones por causas personales) debido al no reconocimiento de una condición más beneficiosa, provocada por la no acreditación de la voluntad de la empresa. Sin perjuicio de lo indicado, la necesidad de garantizar el registro diario de jornada resulta imprescindible para luchar contra la precarización laboral y proteger los derechos de las personas trabajadoras.

⁵³ STS de 4 de diciembre de 2019 (RJ/2019/5483).

Mercado de trabajo

EL USO DE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA ANTE LA CRISIS COVID-19. IMPACTO SOBRE LA TEMPORALIDAD Y EL DESEMPLEO EN ESPAÑA

SANTOS M. RUESGA

Catedrático de Economía Aplicada

Universidad Autónoma de Madrid

ANA I. VIÑAS APAOLAZA*

Profesora Adjunta de Economía y Empresa

Universidad Europea de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: empleo, temporalidad, tasa de desempleo ampliada, ERTes, COVID-19

En España, tras la llegada de la pandemia, los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTes) se han alzado como instrumentos esenciales para contener la caída del empleo. Al igual que en gran parte de la Unión Europea, estas figuras jurídicas absorben desde marzo gran protagonismo. Están sirviendo como pilar del mantenimiento de empleo y empresas, tratando de lograr como objetivo el freno del paro y una menor destrucción de actividad económica. Sin embargo, a medida que se alarga la crisis sanitaria, con un escenario aún de incertidumbre, se plantean preguntas sobre la sostenibilidad del logro de los ERTes. La desigual situación entre personas con empleo y sin él (una dualidad reflejada por contratos temporales, desempleo de larga duración, inactividad, como por los colectivos vulnerables, entre otros jóvenes y mujeres), junto al inevitable ajuste vía flexibilidad externa en determinados sectores y empresas, ponen de manifiesto la necesidad de reconducir la agenda política con medidas que atiendan los problemas y debilidades estructurales.

ABSTRACT

Keywords: employment, temporary employment, labour market slack, STWs, COVID-19

In Spain, after the irruption of the pandemic, the Short Time Work Schemes (STWS) have been raised as essential instruments to contain job destruction. As in a large part of the European Union, these legal figures have absorbed great attention since March. They serve as a pillar of employment and business maintenance, trying to achieve as an objective unemployment curbing and a less destruction of economic activity. However, as the health crisis lengthens, with an uncertain scenario, doubts about the sustainability of the successful of these STWS arise. The uneven situation between people with and without jobs (a duality reflected by temporary contracts, long-term unemployment, inactivity, as well as by vulnerable groups, such as young people and women, among others), and the arrival of the inevitable adjustment, via external flexibility, of certain sectors and companies, highlights the need to rethink the political agenda with measures that address the structural problems and weaknesses.

* Miembros del Grupo SET-LASE.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. INSTRUMENTOS DE SOSTENIMIENTO DEL EMPLEO EN EUROPA
 - 2.1. La nueva crisis y su impacto en el desempleo
 - 2.2. Medidas de protección del empleo
 - 2.3. La evolución del empleo temporal
3. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA
 - 3.1. El rescate de los ERTes
 - 3.2. Impacto sobre la temporalidad en el mercado de trabajo
4. CONCLUSIONES
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

Las figuras jurídicas de suspensión del empleo y de reducción del tiempo de trabajo son conocidas en Europa, en especial desde la pasada crisis iniciada en 2007. Sin embargo, en España, a pesar de que los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTes) existían, su uso sólo ha proliferado a partir de abril de 2020, como medida política específica orientada a paliar los efectos socioeconómicos de la pandemia generada por COVID-19.

Hace una década, en pleno suelo de la *Gran Recesión*, señalamos como “Los mecanismos de reducción del tiempo de trabajo y de ajuste de las plantillas en tiempo y no en volumen de empleo (es decir, el recurso a la flexibilidad interna en lugar de la externa) han permitido, hasta el momento, que en algunos países las tasas de desempleo se hayan mantenido estables” (Ruesga et al., 2010:81). Así sucedió en gran parte de Europa entonces y es lo que también ha ocurrido ahora en España, a diferencia de lo observado en este país en aquella crisis. La tasa de paro ha cerrado 2020 en un 16,13 por ciento, 2,35 puntos por encima de 2019 (con datos del cuarto trimestre), mientras entre 2007 y 2008, para el mismo periodo, la tasa ascendió 5 puntos y en 2009 había escalado 5 más.

Estas herramientas, los ERTes, claramente han logrado sostener el empleo y contener el incremento del paro. Es más, el esfuerzo de algunos países para incorporar el trabajo temporal en los esquemas de protección y limitar los despidos de empleos inestables, como ha hecho España, ha evitado tanto una mayor pérdida de ocupación, como un volumen más elevado de desempleo. Este artículo analiza el impacto de la pandemia sobre el empleo temporal.

En este sentido, las ventajas económicas y sociales son evidentes, sirviendo como instrumento de política destinado a mantener la ocupación y las rentas de las familias y, por ende, el consumo y la demanda interna. Consiguen, así, un relativo éxito en este objetivo de política macroeconómica.

Sin embargo, a medida que se alarga la crisis sanitaria, con un escenario aún de incertidumbre sobre su duración, la paralización de la actividad económica se

extiende en el tiempo. Esto arroja dos cuestiones sobre la sostenibilidad del logro de los ERTes en términos de empleo y desempleo.

La primera cuestión reflejaría un dilema microeconómico, planteado por los modelos de dualidad en el mercado laboral, entorno a las desigualdades que se generan (véase algunos aspectos del modelo *outsiders-insiders* en Cahuc y Carcillo, 2011; Cahuc, 2019; Gautié, 2011). En países como España, se podría agravar el problema del paro estructural, la posición de desigualdad de la mujer en el mercado laboral, el acceso al empleo juvenil o el desempleo oculto tras la inactividad. Para estas personas, en ese lado del mercado laboral, se ven limitadas las posibilidades de encontrar un empleo, tal y como se analiza a lo largo de este artículo.

La segunda cuestión resulta del alargamiento de la pandemia y la sostenibilidad de empresas y sectores. En este sentido, el impacto de los esfuerzos financieros en ERTes ante el deterioro de buena parte de la actividad productiva, con empresas insolventes o inviables, es limitado. La financiación total por parte del Estado de los costes laborales ha permitido subsistir a las empresas que, de otro modo, hubiesen cerrado temporal o definitivamente. Sin embargo, la duración de la pandemia está poniendo en entredicho su validez estructural como mecanismo de mantenimiento del empleo y de las propias empresas. El resultado es que los ERTes retrasan las decisiones de despido y cierre en numerosas empresas y, por tanto, su ajuste, pero si la pandemia se prolonga no lo podrán evitar en aquellos sectores donde la reestructuración, antes o después, terminará sucediendo. El ajuste del empleo, inevitablemente, se irá produciendo a partir de 2021 en aquellas actividades y centros que definitivamente no puedan sobrevivir en el mercado.

A ello se añaden dos elementos. Por un lado, las consecuencias del esfuerzo de financiación pública (y sin final determinado) requerido para apoyar los ERTes, que queda limitado por las variables de control de política fiscal (déficit y deuda pública, con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento aún pendiente de revisión); y por otro lado, esta decisión podría detraer recursos que deban destinarse a medidas adicionales que permitan mejorar la empleabilidad de las personas que se encuentran sin empleo y con impedimentos para acceder a uno (*outsiders*).

2. INSTRUMENTOS DE SOSTENIMIENTO DEL EMPLEO EN EUROPA

2.1. La nueva crisis y su impacto en el desempleo

En Europa, las estadísticas de empleo (que metodológicamente incluyen a las personas trabajadoras en suspensión o reducción de tiempo de trabajo) y las de paro, no reflejan la magnitud del impacto de la pandemia. En esta crisis, la cifra total de horas trabajadas es una de las variables que muestra con mayor precisión lo sucedido. El valor más bajo desde 2006 se encuentra en el segundo trimestre de 2020, con un descenso interanual de las horas efectivas trabajadas a la semana en

22 países de la Unión Europea (UE) de los que se dispone de datos (ETUI y ETUC, 2020).

Mientras entre 2008 y 2009 el empleo en la UE cayó un 2,5 por cien, entre 2019 y 2020 lo hizo un 1,8 por ciento. Por su parte, la tasa de paro ascendió en la pasada crisis financiera del 7 al 9,2 por ciento, y sólo lo hizo 1 punto, hasta el 7,6 por ciento con la irrupción de la pandemia (con datos de los terceros trimestres de Eurostat).

Atendiendo a las tasas normales de desempleo, se encuentra que no han escalado de manera acorde a la pérdida de actividad productiva y horas trabajadas. La caída de estas últimas queda absorbida por los programas de sostenimiento del empleo (*short time work schemes -STWS-*, en su denominación inglesa) aplicados en prácticamente el conjunto del territorio de la UE.

Además, hay que puntualizar que esta medición habitual de la tasa de desempleo en los países europeos (a diferencia de otros lugares como Estados Unidos; OECD, 2020a), deja fuera de la cuantificación a una parte relevante del factor trabajo no utilizado. Un fenómeno que ha cobrado especial relevancia durante esta crisis.

La definición ampliada de la tasa de desocupación trata de captar de forma más precisa el desajuste entre la cantidad de trabajo remunerado que desean las personas (oferta laboral) y la cantidad de trabajo remunerado disponible (demanda laboral). Los grupos que constituyen esta tasa son: (1) personas en desempleo (según la definición de la OIT, conformando la tasa normal de paro), (2) personas en subempleo involuntario (trabajan a tiempo parcial, pero desean trabajar más horas), y (3) personas vinculadas al mercado laboral, pero no clasificadas como activas porque no cumplen con alguno de los tres criterios de la OIT sobre: disponibilidad para trabajar, búsqueda activa de empleo y no estar ocupado (quedan así clasificadas en inactividad, formando el grupo de personas activas potenciales, en donde se incluyen aquellas bajo el efecto desánimo).

El uso de la tasa ampliada de desempleo como instrumento básico de análisis del mercado laboral, es una asignatura pendiente para Europa, como vienen poniendo de manifiesto instituciones académicas y organizaciones internacionales. Tras la llegada de la pandemia, se evidencia aún más la necesidad de implementarla como el indicador básico de análisis del desempleo.

La incorporación de la actividad potencial al indicador del paro (personas en inactividad que no pueden buscar por estar afectadas por la suspensión de la actividad productiva y personas en desánimo) y del subempleo por horas (trabajo a tiempo parcial involuntario), permiten una aproximación más real a la situación actual (véase Eurostat, Newsrelease 150/2020). La distancia que separa la tasa de paro y la ampliada ha crecido en el conjunto de la UE (Figura 1), llegando casi a triplicarse en los países más afectados por el virus y los confinamientos estrictos durante 2020, como son España e Italia. El grupo de personas en suspensión de

empleo y clasificadas en actividad potencial explica estas diferencias entre realidad y medición.

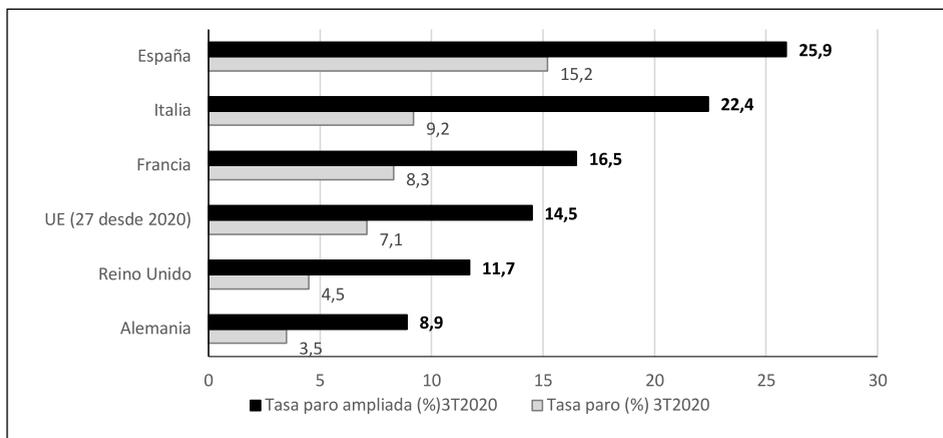


Figura 1. Tasa de paro y tasa ampliada de paro en la Unión Europea y países seleccionados (3er trimestre 2020, en porcentaje de la población activa).

Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

2.2. Medidas de protección del empleo

Al inicio de 2020 prácticamente el conjunto de la UE poseía algún instrumento de sostenimiento del empleo. Ya en 2009, buena parte del territorio contaba con STWS (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Francia, Italia, Portugal y España, entre ellos) y otros países introducen programas de protección durante esa crisis (Mandl et al., 2010) (República Checa, Hungría, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia) o en el periodo posterior (caso de Suecia). Por el contrario, Reino Unido al igual que otros Estados de la UE27 (Eslovenia, Lituania, Letonia, Hungría y Grecia) llegan a 2020 sin normativa de esta naturaleza, y su introducción se produce a raíz de la pandemia de COVID-19 (Cahuc, 2019; OECD, 2020b).

La Comisión Europea, al contrario de lo sucedido en la crisis financiera anterior, ha tenido que reconocer el papel de las rentas del trabajo en la economía y la necesidad de nutrir los salarios para alimentar el consumo durante la pandemia (ETUI y ETUC, 2020). Por ello, ha respaldado financieramente estos instrumentos nacionales de mantenimiento del empleo mediante la puesta en marcha del programa temporal SURE¹, aprobado por el Eurogrupo el 9 de abril de 2020. Proporciona apoyo financiero a los Estados miembros para hacer frente a sus respectivos programas nacionales, con préstamos que pueden llegar a alcanzar hasta 100.000

¹ European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency.

millones de euros para el conjunto europeo, financiados vía comunitaria con la emisión de bonos sociales².

El diseño de estos instrumentos aplicados en la UE tiene su inspiración en Alemania, país con una larga tradición en herramientas como *Kurzarbeit*, cuyo uso allí fue extensivo para paliar la crisis de empleo derivada de la Gran Recesión (Blanchard, Philippon y Pisani-Ferry, 2020). El patrón, no obstante, no es común. Existen múltiples diferencias según, entre otros aspectos (Cuadro 1): el número de horas cubiertas (reducción parcial y suspensión total); la proporción de financiación pública o privada que aplica a los salarios y contribuciones a la seguridad social; la gestión del pago (directo al trabajador o a la empresa); la generosidad y duración de la prestación; la inclusión o no de personas sin contratos indefinidos (temporales, autoempleo, tiempo parcial, de agencias,...); las vías de autorización y acceso; la participación de los interlocutores sociales en los procesos; y las condiciones impuestas a las empresas para acogerse a los programas (prohibición de despido, de reparto de beneficios y dividendos) para evitar el efecto peso muerto de las subvenciones.

Concepto	Alemania	España	Francia	Italia	R. Unido
Nombre	Kurzarbeit	Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs)	Chômage partiel/ activité partielle	Cassa Integrazione Guadagni	Coronavirus Job Retention Scheme
Existencia previa	SI	SI	SI	SI	NO
Mejora las condiciones ante COVID	SI	SI	SI	SI	NUEVO
% cobertura sobre el salario bruto (1) o neto (2)	60-87% (2)	70% (1)	70% (1); 84% (2)	80% (1)	80% (1)
Financiación pública del coste del programa	SI, hasta 100%	SI, hasta 100%	SI, hasta 100%	SI, hasta 92-96%	SI, excepto seguridad social (pensiones y seguro)
Cobertura de algún tipo de empleo atípico	SI	SI	SI	SI	SI
Prohibición de despidos	SI Sujeto a Negociación Colectiva	SI Prohibición despido, contratación, horas extras	SI Prohibición mientras dure el tiempo de STWS	SI Con la excepción de despidos colectivos	SI Prohibición despido individual, siempre que exista en el acuerdo

Cuadro 1. Síntesis normativa europea sobre ERTEs (STWS). Fuente: Elaboración propia a partir de OECD (2020b); Müller y Schulten (2020); Blanchard, Philippon y Pisani-Ferry (2020); ETUC (2020).

² En el caso de España, el Gobierno podrá solicitar hasta 21.300 millones; de ellos, a fin de 2020 se habían reclamado 10.000 millones de euros (6.000 se aprobaron el 27 de octubre y 4.000 más el 17 de noviembre de 2020).

En los países donde estaban presentes los programas, se observa una mejora de las prestaciones de los instrumentos preexistentes, con mayor acceso y cobertura y con un incremento de la cuantía de la prestación recibida. En Francia, Alemania, Italia y España, por ejemplo, se eliminan los costes de las empresas para el pago de salarios y seguridad social de las horas no trabajadas, quedando en manos del presupuesto público. En Italia, donde el programa se limitaba a grandes empresas y determinados sectores, la protección se amplía al conjunto empresarial y de actividades productivas (OECD, 2020b).

Cabe resaltar dos novedades de los programas en esta crisis. La primera novedad relevante se refiere a las limitaciones impuestas a las empresas que se benefician de los fondos públicos de los programas. Así, de manera complementaria a la financiación de STWS, algunos países, con el objetivo de mantener la coherencia para el mantenimiento del empleo, han establecido condiciones, prohibiciones y limitaciones de acceso a los programas sobre despidos, reparto de beneficios y dividendos.

En segundo lugar, a raíz de los resultados que obtuvieron los programas en la crisis anterior (Hijzen y Venn, 2011), países como Alemania, Francia, Finlandia, Italia, Portugal y España, entre otros, han incorporado a la normativa a trabajadores que no poseen contratos indefinidos (Eurofound, 2021: 26). La alta incidencia de la temporalidad y de empleos atípicos, está en el origen de una extensión de la protección, tratando de eliminar una de las debilidades que tradicionalmente la literatura ha encontrado en estos instrumentos (véase Cahuc y Carcillo, 2011; Cahuc, 2019; y Blanchard, Philippon y Pisani-Ferry, 2020). Es precisamente en el análisis de este aspecto donde nos detendremos en los próximos epígrafes.

Durante la presente crisis, bajo los diversos instrumentos de flexibilidad interna aplicados, se estima un nivel de protección superior a 50 millones de personas en la UE27 más Reino Unido (de un total de 60 millones para los países de la OCDE; OECD, 2020b), dando cobertura a más de una cuarta parte de las personas en actividad (Müller y Schulten, 2020). Un valor muy lejano al reflejado en la pasada crisis de 2008-2009, que obtuvo un máximo en Bélgica con un porcentaje de protección inferior al 6 por cien de las personas asalariadas, entre el 3 y 4 por ciento en Italia y Alemania, alrededor del 1 por cien en Francia y España, y sin protección por la ausencia de instrumentos de esta índole en casos como el Reino Unido (Cahuc y Carcillo, 2011) (Cuadro 2).

País	Volumen personas protegidas 2020 (millones)	Personas protegidas 2020 (en % del total asalariadas/os)	Personas protegidas 2009 (en % de asalariados/as)
Francia	11,3	47,8	1
Alemania	10,1	26,9	3
Italia	8,3	46,6	3
España	4,0	24,1	1
Reino Unido	6,3	23,5	0

Cuadro 2. Cifras de utilización de los sistemas de protección del empleo (STWS y programas similares). Fuente: Elaboración propia a partir de Müller y Schulten (2020) y Cahuc y Carcillo (2011).

La continuidad de las medidas nacionales tras el primer impacto en marzo ha resultado esencial en un entorno de elevada incidencia del virus y nuevos cierres de actividades durante las sucesivas olas de la pandemia. La retirada de las ayudas, confiando en una reasignación de los recursos hacia actividades más productivas, no ha sido una opción para los Gobiernos europeos en el contexto de recesión de la segunda mitad del año ni al inicio de 2021. El debilitamiento de la mayor parte de los sectores, la falta de oportunidades de empleo (especialmente de calidad) para las personas que buscan, y un deterioro de las cuentas públicas (pero con preferencia por financiar los STWS ante el desempleo), llevan a ejecutar un balance a favor de la continuidad de las herramientas de suspensión mientras dure la pandemia.

2.3. La evolución del empleo temporal

Como se ha visto en el entorno de la UE, la destrucción de empleo y el volumen de paro son de menor magnitud que en crisis previas, pero la generación de desigualdades se agrava en el contexto de paralización económica para quienes se encuentran fuera del empleo. Estas personas afrontan mayores dificultades de búsqueda y oportunidades de acceder a un puesto. El enfoque entre *insiders* y *outsiders* suministra una amplia variedad de divisiones (Lindbeck y Snower, 2001). Cabe resaltar las personas afectadas por la rotación derivada de empleos temporales (la tasa de temporalidad en la UE27 es del 13,5 por cien), la ampliación de la brecha de género (con una tasa de paro entre las mujeres superior y cada vez más distante de la masculina), el salto de la tasa de desempleo juvenil en la UE27 del 14,9 por ciento en 2019 al 18,3 por ciento en 2020, así como el volumen de personas en inactividad que no puede acceder siquiera a la búsqueda, que sube de 6,7 millones a 8 (con datos de los terceros trimestres, Eurostat).

Respecto a la primera cuestión, al observar el comportamiento del empleo temporal en Europa, destacan dos hechos. A pesar de los esfuerzos realizados en

algunos países para proteger adicionalmente el empleo temporal, la flexibilidad externa ha sido inevitablemente el ajuste llevado a cabo en el inicio de la pandemia. Las cifras para el conjunto de la UE arrojan una pérdida anual de 4,7 millones de empleos, de los cuales 4,4 millones corresponde a contratos temporales, en el trimestre de confinamientos masivos (entre el segundo trimestre de 2019 y de 2020). Entre los terceros trimestres de ambos años, las cifras arrojan cerca de 3,4 millones de empleos menos, con 3,3 millones concentrados en el empleo temporal (con datos de Eurostat). Como señala Eurofound (2021), el impacto de esta medida sobre el mercado laboral parece ser limitado.

En el caso de España, durante el segundo trimestre se perdieron 1,2 millones de empleos, un 76 por cien temporal; mientras en el tercer trimestre la proporción de la ocupación interanual perdida subió al 81 por cien, pero sin alcanzar los valores del conjunto europeo (97,6 por cien).

La tasa de temporalidad se ha mantenido en España en los valores máximos (24,3 por cien frente a 13,5 para el conjunto de la UE y por encima de Polonia, segundo país con mayor temporalidad), pero con una caída de menor dimensión (-2,5 puntos) que en otras economías con niveles estructurales elevados de temporalidad (Figura 2) y también menos pronunciada que en la crisis previa (con un descenso de la tasa de 4 puntos entre 2008 y 2009).

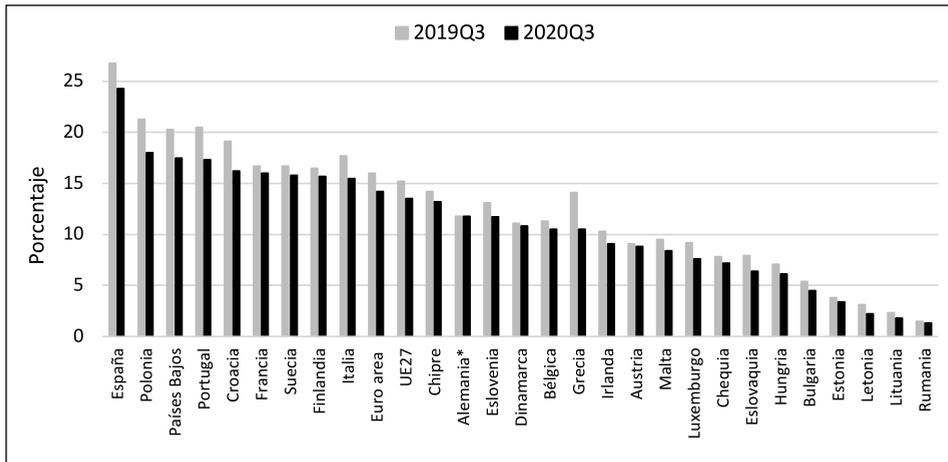


Figura 2. Tasa de temporalidad en la Unión Europea (3er trimestre 2019 y 2020, asalariados con empleo temporal en porcentaje del empleo asalariado total).

*Alemania: datos no disponibles para 2020. Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

3. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

3.1. El rescate de los ERTEs

En España, la evolución del registro del paro a lo largo del periodo de pandemia muestra cómo el número de personas en desempleo se incrementó de forma más acusada al inicio, un aumento que se mantuvo durante los meses de confinamiento estricto, desde marzo hasta mayo. Desde entonces, la reapertura de actividades con el proceso de desescalada, impulsan una trayectoria de estabilización en las cifras del paro que anticipa un menor impacto sobre el empleo que en crisis anteriores (Figura 3), tanto en lo referente a la duración del periodo de destrucción de empleo (que sería de menor amplitud que en la crisis de 2008-2009), como en el volumen de personas desempleadas (considerando los máximos alcanzados durante la recaída sufrida en el empleo por la recesión de 2012-2013).

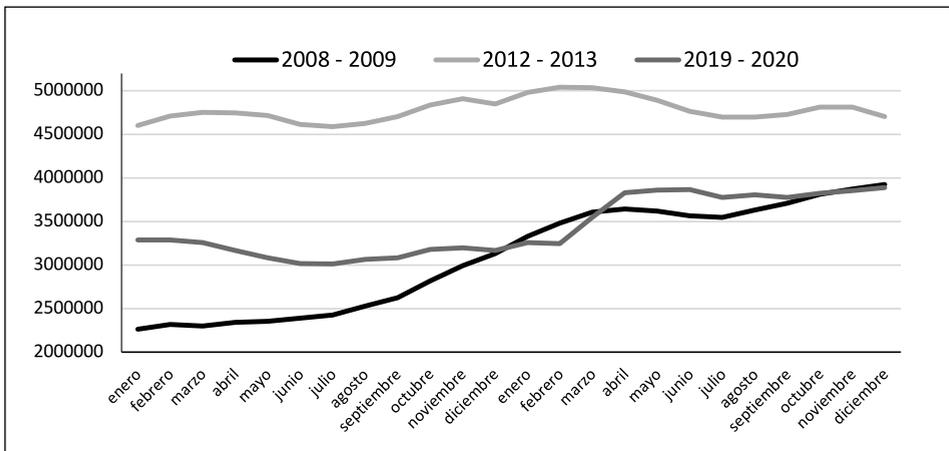


Figura 3. Registro de personas en desempleo, en volumen. España, comparativa de periodos de crisis: 2008-2009, 2012-2013 y 2019-2020.

Fuente: Elaboración propia a partir de SEPE.

También las estadísticas ofrecidas por la Seguridad Social sobre afiliación han permitido realizar un seguimiento del impacto sobre el empleo desde la irrupción de la pandemia, con apenas retardos. A finales de marzo ya se podía observar una caída de afiliación de 851.440 personas, sobre un sistema que contaba con 19.279.415 efectivos a finales de febrero. En los primeros 11 días de marzo la afiliación creció en casi 65.000 afiliados, pero a partir del 12 de marzo, dos días antes de la declaración del estado de alarma, la caída llegó a 898.822 afiliados. Desde ese día hasta final de ese mes, 613.250 afiliados con contrato temporal perdieron el empleo, concentrando esta contratación temporal el 70 por cien de la destrucción del empleo. Incorporando el mes siguiente al análisis, desde el 12 de marzo hasta fin de abril el sistema perdió 947.896 afiliados.

Si bien en esos dos primeros meses (marzo-abril), la afiliación a la Seguridad Social cayó de forma intensa, posteriormente, el empleo registrado tendió a subir y mantenerse, aunque a diciembre de 2020 aún se mantenía alejada esta cifra de la alcanzada la misma fecha del año anterior (19 millones en afiliación a cierre de 2020, frente a 19,26 en 2019). No obstante, los niveles de afiliación se mantienen por encima de los observados en la crisis previa (con un mínimo de la serie que se sitúa en 16 millones de personas en enero de 2013).

La respuesta a esta evolución expuesta por paro y por ocupación en las estadísticas, se encuentra en el paraguas que ha significado para el mercado laboral el mecanismo de los ERTEs. El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introduce los ERTEs como medida de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. Medidas que son prorrogadas mediante Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo, firmados entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y los interlocutores sociales en sucesivas ocasiones (I Acuerdo en el RDL 18/2020 de 12 de mayo; II plasmado en RDL 24/2020 de 26 de junio; III con el RDL 30/2020, de 29 de septiembre y IV Acuerdo, en el RDL 2/2021, de 26 de enero, que permite prorrogar los ERTEs hasta el 31 de mayo de 2021).

Este sistema de protección ha llegado a dar cobertura a casi 3,6 millones de personas, cerca del 20 por cien de las afiliadas a la Seguridad Social (datos de abril). Un porcentaje que, tras la desescalada en los meses de verano, se mantiene por debajo del 4 por ciento, con un leve repunte en noviembre debido a la incidencia de la segunda ola de la pandemia y otro en enero de 2021 tras la tercera ola (Figura 4).

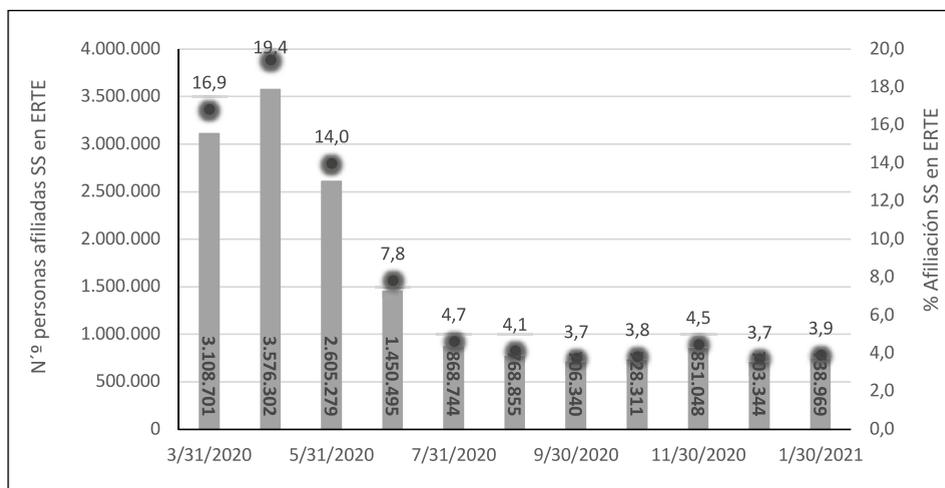


Figura 4. Personas afiliadas en situación de ERTE, abril 2020 a enero 2021. Total, y porcentaje sobre afiliación total.

Fuente: Elaboración propia a partir de Seguridad Social.

La comparación entre la pérdida de empleo y de las horas efectivas trabajadas refleja con contundencia el actual mantenimiento del empleo que se ha llevado a cabo mediante la aplicación de los ERTes. Mientras en la crisis pasada el ajuste se produjo vía puestos de trabajo (casi 2 millones perdidos en la primera crisis de 2008-2009 y un total de 3,7 entre 2007 y 2014), en 2020 son las horas efectivas trabajadas las que caen un promedio del 11 por ciento anual, frente al -2,9 por ciento de la ocupación.

Respecto a la inactividad involuntaria, como se ha explicado para el análisis europeo, uno de los efectos de la pandemia ha sido la dificultad de búsqueda de empleo en un entorno de restricciones y cierres empresariales. Las personas no ocupadas, pero que no cumplen los criterios de desempleo de la EPA (semejantes a los referidos por la OIT anteriormente), se consideran en inactividad, pero no en paro. De este modo, hay quienes se han quedado sin empleo, pero dada la situación de restricciones o confinamiento no han podido cumplir con el requisito de búsqueda activa de empleo, o bien no están disponibles para incorporarse a un empleo en las dos semanas siguientes (por ejemplo, por enfermedad o por razones de cuidado de dependientes como ancianos, niños, o personas con discapacidad), quedando fuera del concepto de desempleo, e incluidas en el de inactividad. Y este es el caso que se observa en los datos de 2020, con un crecimiento inusual de su volumen, que llega a superar 680 mil personas en el cuarto trimestre, con un peso del 60 por ciento de las mujeres.

En este sentido, y como se justificaba para Europa, la tasa ampliada de paro resulta un indicador más oportuno para el análisis del desempleo, ya que incorpora a estas personas activas potenciales, así como a aquellas en subempleo por número de horas. El resultado en España es un aumento de la tasa ampliada, hasta el 24,8 por ciento (3,1 puntos por encima que un año atrás), con un aumento en el peso del indicador de la incidencia de la actividad potencial. La diferencia entre la tasa de desempleo normal y la ampliada se agranda hasta 8,7 puntos al cierre del año (Figura 5).

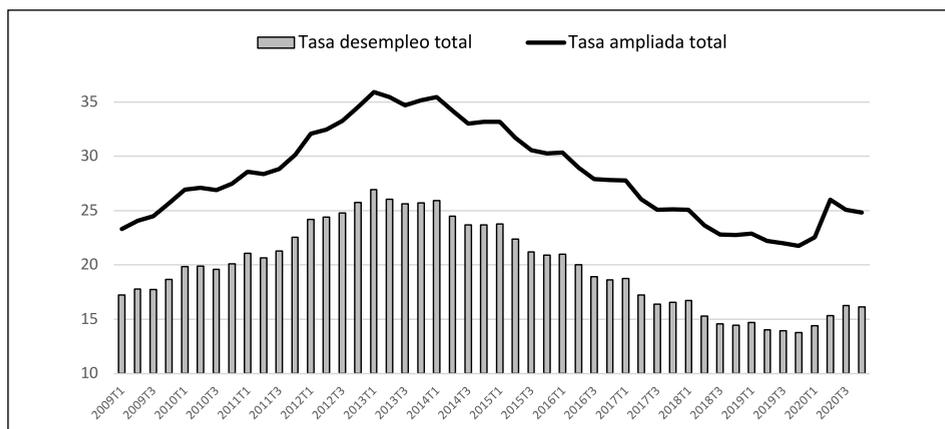


Figura 5. Tasa de paro y tasa ampliada de paro. España, 2009-2020.

Fuente: Elaboración propia con datos EPA (INE).

Se refleja con los datos anteriores el dilema debido a las desigualdades generadas por la dualidad del mercado laboral (Cahuc y Carcillo, 2011; Cahuc, 2019; Gautié, 2011). En España, el problema del paro estructural se podría agravar con la extensión de la pandemia, teniendo en cuenta que hay un volumen de personas en desempleo que ya se encuentran en una posición de desigualdad en el mercado laboral. Entre ellos, los jóvenes (con una tasa de paro del 40,13 por ciento) y las mujeres (del 18,33 por cien) superan las medias, nacional (16,13) y masculina (14,17), (datos del cuarto trimestre de 2020, EPA) y sus tasas sufren un avance desde la llegada de la pandemia.

En definitiva, la caída del empleo, así como el aumento del desempleo es notablemente más moderado, hasta la fecha, en esta crisis que en la pasada. Los ERTes están constituyendo un escudo de contención del desempleo en estos meses de pandemia, incluido parte del empleo temporal. En general, se espera de su aplicación “evitar una innecesaria expulsión de mano de obra y las consecuencias derivadas de pérdida de capital humano con, potencialmente, efectos adversos sobre el crecimiento de la producción a través de efectos de histéresis” (Arpaia et al, 2010:3).

Ahora bien, parte de estos efectos son inevitables. Atendiendo a un amplio grupo de personas sin empleo (denominados “outsiders”, según el modelo desarrollado por Lindbeck y Snower, 2001), se encuentran quienes han llegado recientemente por la vía de la flexibilidad externa (y amplían el grupo de personas buscando empleo menos de un año), en especial los que han sido expulsados por la finalización de contratos temporales (a pesar de la mayor protección de los ERTes en este ámbito), jóvenes en busca de un primer trabajo, personas en desempleo de larga duración y, además, aquellas en paro oculto (bajo la inactividad, aunque potencialmente activas). Además, de manera transversal, son las mujeres las que presentan un mayor peso en estos grupos.

3.2. Impacto sobre la temporalidad en el mercado de trabajo

Hasta la actual crisis, la protección de las personas en ERTE se limitaba a quienes contaban con empleos estables, lo que implica una evidente desventaja para las personas con contratos temporales o empleos atípicos. Esta constituye una de las razones por las que algunos países europeos, como es el caso de España, han incorporado a la normativa de los ERTes a personas que no poseen contratos indefinidos. Esta tentativa de extender la protección intenta eliminar una de las debilidades que tradicionalmente la literatura ha vinculado con estas medidas (véase Cahuc y Carcillo, 2011; Cahuc, 2019; y Blanchard, Philippon y Pisani-Ferry, 2020).

Además, en países como España, donde en la doble crisis pasada se impuso la devaluación salarial (interna) como método de ajuste, los Gobiernos pueden encontrar ventajas adicionales en los ERTes, preservando un empleo de más calidad

y limitando una mayor precarización laboral al contener un posible descenso de los salarios de reserva que se produciría en el caso de aumentar el desempleo. Se estaría de este modo evitando una mayor precarización del empleo generada en la transición empleo-paro-empleo temporal. Vía ERTE, inicialmente, se elimina el escalón del desempleo y la reinserción mediante un empleo de peor calidad.

El corto tiempo transcurrido dificulta la medición y el análisis del éxito de esta decisión. Se plantea aquí la duda de si la ampliación de la protección al empleo temporal está logrando el impacto deseado. Mientras en Europa el impacto parece ser limitado (Eurofound, 2021), en España cabe preguntarse concretamente hasta qué punto los ERTEs están consiguiendo proteger el empleo temporal en este periodo. Los datos de la EPA a cierre de 2020 permiten observar las tendencias en empleo temporal e indefinido, así como los cambios sucedidos en estas variables ante la crisis, hasta fin de 2020; sin embargo, el mencionado impacto de la extensión de la crisis en 2021 queda fuera de las conclusiones que se puedan extraer.

La figura 6 muestra la evolución del empleo asalariado, indefinido y temporal, desde la Gran Recesión de 2007 hasta la pandemia de COVID-19 en 2020. Como principal diferencia destaca cómo la pendiente de la caída del empleo asalariado (indefinido y temporal) es más pronunciada que en las crisis previas. Asimismo, considerando los trimestres disponibles de 2020, el descenso es menos prolongado en el tiempo. Tras el segundo trimestre de confinamiento masivo, los siguientes muestran cierta recuperación en términos interanuales, tanto en empleo total, como temporal. La tasa de temporalidad, en una proporción de 25 temporales de cada 100 al inicio de 2020, desciende levemente en ese segundo trimestre (al 22,4 por cien), y se recupera, superando el 24 por cien en la segunda mitad del año (22, 2 y 24,6 respectivamente).

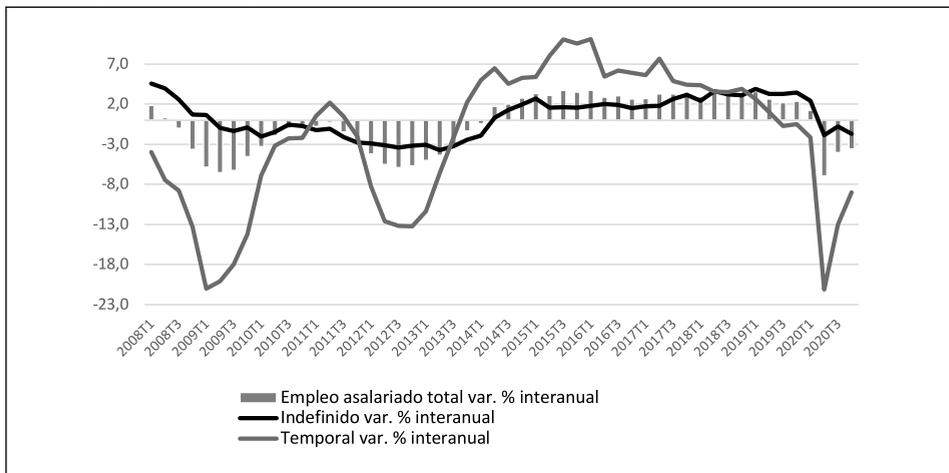


Figura 6. Empleo asalariado (total, indefinido y temporal). Tasas de variación interanual, España, 2008-2020 (en porcentaje).

Fuente: Elaboración propia con datos EPA (INE).

Entre 2008 y 2009 (usando promedios para ambos años) se perdieron 980.100 puestos asalariados, un 92 por ciento temporales. El mismo cálculo para 2019 y 2020, señala que la destrucción fue de 561.400 empleos asalariados, un 89 por cien temporales. Entre ambas crisis, la principal diferencia se encuentra en el sostenimiento general de la ocupación, como se mencionaba anteriormente, promovida por los ERTes. Además, el peso del empleo temporal en la destrucción de puestos asalariados es algo inferior (de 3 puntos) en este ajuste que en anteriores. No obstante, con los datos disponibles hasta el momento, no puede afirmarse que ahora las empresas muestren prioridad por las medidas de flexibilidad interna frente a la externa, en lo referente al empleo temporal. Como plantean los autores en trabajos previos (Ruesga et al., 2010) la protección puede ser exitosa en economías con sectores de alto valor añadido, con plantillas altamente cualificadas y difícilmente sustituibles. Pero, en España el mayor ajuste se produce habitualmente en sectores con elevada temporalidad (como es el caso de la construcción y de las actividades vinculadas a turismo y ocio), y con exceso de oferta de mano de obra (porque no es necesaria, en términos generales, una elevada cualificación). Así, más allá del 31 de mayo, en un posible escenario sin financiación pública para los ERTes, o incluso con ella, el inevitable cierre de empresas y sectores por el alargamiento de la crisis hace pensar en un retorno de la flexibilidad externa al mercado laboral español. Bajo este supuesto, los ajustes con caída del empleo y ascenso del paro se producirán a partir de este 2021, al mismo tiempo que se reactiva la economía.

Un segundo planteamiento recoge la idea de que, ante una demanda agregada paralizada por la pandemia, las medidas de protección pueden impactar negativamente en nuevas contrataciones que pudieran ofrecer una oportunidad de empleo para los grupos mencionados de personas que queden “atrapadas sin empleo”. En este ámbito, aquí se realiza un ejercicio de análisis de las relaciones entre el sostenimiento del empleo vía ERTE (utilizando las variables en volumen de personas y en porcentaje sobre el total de afiliación a la Seguridad Social; Figura 4) y el paro registrado por el Servicio Público de Empleo Estatal entre los meses de marzo de 2020 a enero de 2021 (total, por sexo y edad), así como la relación con los contratos registrados mensualmente en el periodo (por tipo indefinido/temporal y jornada completa/parcial, total y desagregado por sexo). Este ejercicio estadístico³ permite avanzar posibles impactos del sostenimiento de los ERTes sobre la nueva contratación y, por ende, sobre las oportunidades de las personas que buscan empleo, teniendo en cuenta el perfil del paro.

³ Se utilizan las correlaciones de las variables señaladas, así como sus coeficientes de determinación R^2 . El análisis de correlaciones nos indica si los cambios de una de las variables influyen sobre los cambios de la otra. Valores positivos señalan relaciones directas, mientras los negativos manifiestan una relación inversa. Los valores transcurren entre -1 y 1, y 0 representa la ausencia de correlación. Para valores menores a -0,7 y mayores a 0,7 se considera la existencia de correlación. Por su parte, R^2 mide el cambio porcentual generado en una de las variables, al alterar la otra en una unidad.

El primer análisis ofrece las correlaciones más elevadas entre los menores de 25 años registrados como desempleados, tanto hombres como mujeres. El incremento de la protección por ERTE estaría favoreciendo un menor volumen de jóvenes en desempleo, así como de mujeres mayores de 45 años, colectivos que habitualmente presentan mayor peso en el paro registrado. De forma inversa, el descenso de la protección por ERTE explicaría más de un 70 por cien del aumento del desempleo juvenil, y por encima del 75 entre las mujeres mayores de 45 años, poniendo de manifiesto el mayor riesgo que tendrían estos grupos tras la retirada de la financiación de las medidas o, incluso con ellas, al producirse el ajuste mencionado.

Medición	Personas bajo ERTE	PARO TOTAL	Menos de 25 años	De 25 a 44 años	Más de 45 años
Correlac	%	-0,43134086	-0,73899697	-0,0793562	-0,53317126
Determinac	%	0,18605494	0,54611653	0,00629741	0,28427159
Correlac	vol	-0,43038664	-0,73709365	-0,07931831	-0,53198076
Determinac	vol	0,18523266	0,54330705	0,00629139	0,28300353
Medición	Personas bajo ERTE	HOMBRES PARO TOTAL	HOMBRES Menos de 25 años	HOMBRES De 25 a 44 años	HOMBRES Más de 45 años
Correlac	%	-0,03901119	-0,74140069	0,31835253	-0,06750706
Determinac	%	0,00152187	0,54967498	0,10134833	0,0045572
Correlac	vol	-0,03803429	-0,73972313	0,31865786	-0,06649803
Determinac	vol	0,00144661	0,54719031	0,10154283	0,00442199
Medición	Personas bajo ERTE	MUJERES PARO TOTAL	MUJERES Menos de 25 años	MUJERES De 25 a 44 años	MUJERES Más de 45 años
Correlac	%	-0,67248907	-0,73416267	-0,4175289	-0,75757994
Determinac	%	0,45224155	0,53899483	0,17433038	0,57392737
Correlac	vol	-0,67165746	-0,73204628	-0,41773262	-0,75642533
Determinac	vol	0,45112375	0,53589176	0,17450054	0,57217928

Cuadro 3. Coeficientes de correlación y de determinación entre la participación en ERTes y el paro registrado. Fuente: Elaboración propia con datos SEPE y Seguridad Social (INE).

Un problema que se agravaría para estos grupos por la falta de oportunidades de empleo y la mayor dificultad de firmar un contrato laboral. El análisis de correlaciones sobre la contratación (Cuadro 4) arroja valores negativos para todas las variables. Por debajo de -0,7 sobresale la relación entre el sostenimiento de empleo vía ERTE y la contratación a tiempo completo, especialmente para los asalariados temporales. En la contratación indefinida parece tener una menor incidencia, tanto en el caso masculino como femenino, bien sea a jornada completa o parcial.

En el caso de los hombres se señalaría que un aumento del sostenimiento de la ocupación en ERTE explicaría un 80 por cien de la reducción de la contratación temporal a tiempo completo. Para las mujeres, la contratación temporal, a jornada completa o parcial, muestra en ambos casos correlaciones superiores a 0,75.

		TOTAL Contratos temporales					
Medición	Personas bajo ERTE	TOTAL	Tiempo Completo	Tiempo Parcial	TOTAL	Tiempo Completo	Tiempo Parcial
Correlac	%	-0,76724294	-0,77688494	-0,72419991	-0,78732047	-0,7933152	-0,74523996
Determinac	%	0,58866173	0,60355021	0,52446551	0,61987353	0,62934901	0,5553826
Correlac	vol	-0,76661995	-0,77567961	-0,72437623	-0,78667389	-0,79201123	-0,74551215
Determinac	vol	0,58770614	0,60167885	0,52472093	0,6188558	0,62728179	0,55578836
		TOTAL Contratos temporales					
Medición	Personas bajo ERTE	TOTAL HOMBRES	HOMBRES Tiempo Completo	HOMBRES Tiempo Parcial	TOTAL HOMBRES TEMPORAL	HOMBRES TEMPORAL Tiempo Completo	HOMBRES TEMPORAL Tiempo Parcial
Correlac	%	-0,78103676	-0,78674536	-0,69522756	-0,8024745	-0,80213907	-0,72151377
Determinac	%	0,61001842	0,61896826	0,48334136	0,64396532	0,64342708	0,52058212
Correlac	vol	-0,77999131	-0,78514018	-0,69550006	-0,8013548	-0,80040385	-0,72188309
Determinac	vol	0,60838644	0,6164451	0,48372034	0,64216951	0,64064632	0,5211152
		TOTAL Contratos temporales					
Medición	Personas bajo ERTE	TOTAL MUJERES	MUJERES Tiempo Completo	MUJERES Tiempo Parcial	TOTAL MUJERES TEMPORAL	MUJERES TEMPORAL Tiempo Completo	MUJERES TEMPORAL Tiempo Parcial
Correlac	%	-0,74586625	-0,74834965	-0,73353796	-0,76262709	-0,76290597	-0,75195506
Determinac	%	0,55631646	0,5600272	0,53807793	0,58160008	0,58202551	0,56543642
Correlac	vol	-0,74566625	-0,74777233	-0,73365639	-0,76245922	-0,76229177	-0,75216803
Determinac	vol	0,55601816	0,55916345	0,5382517	0,58134407	0,58108875	0,56575675

Cuadro 4. Coeficientes de correlación y de determinación entre la participación en ERTEs y el registro de contratos. Fuente: Elaboración propia con datos SEPE y Seguridad Social (INE).

La consideración entorno a este fenómeno pasa por la necesidad de compartir el foco de atención y de financiación de los ERTEs con las políticas dirigidas a las personas sin empleo, y de forma prioritaria hacia colectivos con dificultades de inserción en el mercado laboral. La implementación de recursos y medidas destinadas a evitar el deterioro de su empleabilidad deberá contar con la misma urgencia en la agenda política que las medidas de suspensión del empleo. Así lo reconoce la Comisión Europea, en su Recomendación 2021/402 de 4 de marzo de 2021, donde hace hincapié en la necesidad de implementar medidas de apoyo activo al empleo en los Estados miembros. Más en un país como España, con un

gasto público en políticas activas de mercado de trabajo y servicios de empleo por debajo de los países europeos de la UE15.

4. CONCLUSIONES

Los resultados en términos macroeconómicos sobre el empleo en Europa muestran las fortalezas que las herramientas de suspensión y reducción del tiempo de trabajo han logrado para el mantenimiento de empleo y empresas, de familias y consumo privado. De hecho, son asimiladas por el conjunto de la UE como una necesidad económica del momento que debe sostenerse el tiempo que dure la pandemia. Existe consenso sobre el hecho de que una retirada antes de tiempo de la financiación, supondría acelerar los procesos de flexibilidad externa en las empresas y sectores con mayores dificultades.

Sin embargo, los ERTes (como la mayor parte de las versiones europeas) son instrumentos diseñados en la pre-pandemia, creados para mantener el empleo en situaciones de corta duración, y cuyo grupo objetivo son sectores o empresas con desajustes temporales de demanda. El alargamiento de la pandemia, más allá de 2020 y, sobre todo, sin un fin claramente definido, puede poner en duda su validez estructural.

La realidad es que los ERTes han retrasado las decisiones de despido y cierre y, por tanto, el ajuste. Pero si la pandemia se alarga no lo podrán evitar donde la reestructuración terminará inevitablemente sucediendo a partir de 2021, en aquellos sectores y empresas que, por falta de viabilidad o de solvencia, no puedan mantenerse en el mercado.

Así, las dificultades que se plantean, por la dilatación en el tiempo de la crisis, amenazan el éxito los instrumentos de flexibilidad interna en su papel de amortiguadores, hasta ahora sustentando las rentas del trabajo y el consumo privado. Cuando su uso se ha producido en entornos donde la crisis se ha focalizado en determinados sectores (es el caso de la Gran Recesión con la construcción y actividades afines, además del sector financiero), la solución ha venido de la mano de la reasignación de recursos hacia sectores más productivos. Sin embargo, la recesión actual, prácticamente generalizada en el conjunto de actividades y países, junto a la elevada persistencia de la incidencia del virus, limita el trasvase a actividades más productivas, al afectar a buena parte de los tejidos productivos, y encontrar pocos sectores (y de más elevada cualificación) que pueden sostener su demanda.

Adicionalmente, en España, la incertidumbre en cuanto a la duración de la pandemia y de la crisis asociada, tiene una repercusión directa sobre la posibilidad de sostener el gasto público mientras los niveles de déficit y deuda públicos perduren como indicadores de referencia de la estabilidad macroeconómica en la UE. En este sentido, los ERTes, como medida de corto plazo, no han presentado un gran dilema económico hasta ahora, en un entorno de apoyo europeo a este

modelo. La protección de los empleos con este instrumento supone un menor gasto público que el pago de la alternativa (prestaciones por desempleo), teniendo en cuenta dos factores: el primero, la teórica menor duración de las prestaciones de los ERTes frente al subsidio por desempleo, y segundo, que el gasto en prestaciones vinculadas a los expedientes posee la ventaja de que, al mismo tiempo, el Estado aporta ingresos a la Seguridad Social derivados de la afiliación de los trabajadores en suspensión o reducción (pues se está subvencionando este coste laboral de las empresas). Un flujo que se perdería con los subsidios por desempleo y que tendría como consecuencia una minoración de los presupuestos públicos, de ingresos y, por tanto, de gastos, tan necesarios en este momento para la adopción de políticas fiscales expansivas en la etapa de recesión.

Previsiblemente en España la duración de la financiación de los ERTes se extenderá hasta el 31 de mayo de 2021, fecha en la que se espera que la peor parte de la crisis sanitaria haya pasado gracias a la vacunación y se pueda reactivar el consumo. Pero el pronóstico es aún incierto y ampliar indefinidamente los programas no es una alternativa que pueda financiarse en el contexto del ciclo actual. Su prolongación podría presentar dificultades en un escenario donde al tiempo que se mantiene la financiación de estos ERTes, escala el desempleo por el inevitable ajuste mencionado; y todo ello con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento europeo aún sin cambios decididos.

Por otro lado, los resultados muestran un dilema microeconómico por el distanciamiento entre quienes tienen empleo y quienes no lo tienen. Las desigualdades procedentes del mercado laboral podrían agravarse, sobre todo en países como España, limitando el acceso a nueva contratación y, como consecuencia, profundizando el problema del paro estructural y del desempleo oculto tras la inactividad involuntaria, deteriorando la posición de la mujer en el mercado laboral e impidiendo el acceso al empleo de los jóvenes.

Será necesario compartir el foco de atención con las políticas destinadas a las personas sin empleo y la mejora de su empleabilidad. Las políticas activas de empleo deberán reforzarse, mejorando las oportunidades de quienes están fuera del empleo, y con especial vigilancia para jóvenes, mujeres y otros colectivos con especiales necesidades de servicios de orientación, formación y programas de empleo. Los nuevos fondos europeos encauzados a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, suponen un marco financiero que permitirá trabajar en esta dirección.

Referencias Bibliográficas

ARPAIA A., CURCIN., MEYERMANS E., PESHCHNER J., PIERINI F. (2010): "Short time working arrangements as response to cyclical fluctuations". *European Economy. Occasional Papers* 64. June 2010. Brussels. ISBN 978-92-79-15077-7 (online). doi: 10.2765/53330

BLANCHARD O., PHILIPPON T., PISANI-FERRY J. (2020): “A new policy toolkit is needed as countries exit COVID-19 lockdowns”. *Policy Contribution Issue* n°12 June 2020, Bruegel.

CAHUC P., CARCILLO S. (2011): “Is short-time work a good method to keep unemployment down?”. *IZA Discussion Papers*, No. 5430, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn.

CAHUC P. (2019): “Short-time work compensation schemes and employment. Short-time work compensation schemes and employment”. *IZA World of Labor* 2019: 11v2, doi: 10.15185/izawol.11.v2

COMISIÓN EUROPEA (2021): *Recomendación UE 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis COVID-19 (EASE)*.

ETUC (2020): “Short Time Work Measures Across Europe”. *COVID-19 WATCH ETUC* Briefing Note Short Time Work.

ETUI, ETUC (2020): *Benchmarking Working Europe*, Brussels, ETUI.

EUROFOUND (2021): “COVID-19: Implications for employment and working life”, *COVID-19 series, Publications Office of the European Union*, Luxembourg.

EUROSTAT (2020): “Total labour market slack up to 14%”. *Newsrelease* 150/2020, 8 octubre 2020.

GAUTIÉ J. (2011): “France: Protecting the insiders in the crisis and forgetting the outsiders?” En: *Work Inequalities in the Crisis. Evidence from Europe* (Ed. Daniel Vaughan-Whitehead). DOI: <https://doi.org/10.4337/9780857937513>

HIJZEN A., VENN D. (2011): “The Role of Short-Time Work Schemes during the 2008-09 Recession”. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 115, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5kgkd0bbwvxp-en>.

LINDBECK A., SNOWER D.J. (2001): “Insiders versus Outsiders”. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 15, Number 1, Winter 2001, Pages 165–188.

MANDL I., STORRIE D., HURLEY J., MASCHERINI M., BROUGHTON A., OWCZARZAK R., RISO S., SALVATORE L. (2010). *Extending flexicurity – The potential of short-time working schemes: ERM Report 2010*. Eurofound. ISBN: 978-92-897-0875-3. DOI: 10.2806/21361

MÜLLER T., SCHULTEN T. (2020): “Ensuring fair short-time work - a European overview”. *ETUI Policy Brief European Economic, Employment and Social Policy – N° 7/2020*.

OECD (2020a): “Has COVID-19 distorted international comparability of unemployment rates?” *The Statistics Newsletter*, Issue No. 73, December 2020.

OECD (2020b): “Job Retention Schemes During the Covid-19 Lockdown and Beyond”. *Tackling coronavirus COVID-19. Contributing to a Global Effort*.

RUESGA S., MARTÍN NAVARRO J.L., PÉREZ ORTIZ L. (2010). “¿Sirve en España el Modelo Alemán?” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 104:175-204.

Comentarios de jurisprudencia

EL ACUERDO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE AMPLIACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL

Sentencia del Tribunal Supremo 156/2021, de 3 de febrero (ECLI: ES:TS:2021:639)

CRISTINA ROLDÁN MALENO*

SUPUESTO DE HECHO: un número significativo de trabajadores de la empresa Unión Fenosa Distribución vienen realizando rotatoriamente el servicio de retén, mediante el cual permanecen localizables fuera de su jornada laboral para ponerse a disposición de la empresa si son requeridos para ello. Dicha disponibilidad se retribuye, no teniendo la consideración de tiempo de trabajo. Las características de esta prestación se regulan en el convenio colectivo de grupo de empresas que rige las relaciones laborales entre las partes (II Convenio Colectivo de Gas Natural Fenosa S.A.), determinando la empresa los puestos de trabajo sobre los que recae esta prestación.

La parte empresarial inicia un periodo de consultas de cara a suprimir los retenes en determinados puestos dado su uso escaso hasta inexistente en los últimos dos años. El periodo de consultas concluye con acuerdo suscrito por USO por la parte social, cuya mayoría le permite hacerlo en solitario. En paralelo, se acuerda igualmente en ese mismo periodo de consultas un nuevo modelo de resolución de incidencias en el que se regula la disponibilidad fuera de la jornada de trabajo. Las secciones sindicales que no suscriben los acuerdos (CGT por un lado, CCOO, UGT y CIG, por otro) interponen sendas demandas de conflicto colectivo ya que entienden que el procedimiento seguido conculca la legalidad vigente, pues no debió hacer uso de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo sino de la inaplicación de convenio colectivo.

RESUMEN: El objeto del litigio viene constituido por el procedimiento seguido para desafectar del servicio de retenes a dos grupos de trabajadores, y, simultáneamente, acordar un nuevo modelo para atender las incidencias fuera de la jornada de trabajo. Se interesa por los demandantes la nulidad del acuerdo alcanzado alegando que, al no haberse seguido el procedimiento adecuado, se ha vulnerado la libertad sindical en su vertiente funcional de negociación colectiva. Los demandantes sostienen, además, que no se ha suprimido el servicio de retén, sino que éste ha sido sustituido por un modelo alternativo, cambiando su

* Investigadora predoctoral (FPU) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

denominación. El Tribunal Supremo ratifica el pronunciamiento de instancia (SAN 8/2019, de 25 de enero) en la que se califica la actuación empresarial conforme a derecho. Fundamenta el fallo en el acuerdo alcanzado y en el propio convenio colectivo, donde los retenes se configuran como una herramienta disponible para el empresario, cuya única obligación para usarla, más o menos según sus intereses, es la de comunicarlo con una semana de antelación.

ÍNDICE

1. LOS CONTORNOS ENTRE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y LA INAPLICACIÓN DE CONVENIO. BREVE ALUSIÓN A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.
2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA DE AMPLIACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL.
3. CONCLUSIONES.

1. LOS CONTORNOS ENTRE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO Y LA INAPLICACIÓN DE CONVENIO. BREVE ALUSIÓN A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

En el ámbito de la llamada flexibilidad interna, fuertemente potenciada en las últimas reformas -en teoría para evitar que las empresas opten por medidas más gravosas como el despido¹-, nuestro derecho positivo contiene una serie de instituciones jurídicas que posibilitan que, en las materias más trascendentales de la relación laboral y con sujeción a causalidad sobrevenida, la parte empresarial pueda modificar o desvincularse de lo previamente pactado. Ello opera independientemente de la fuente donde se regule aquello que se pretende alterar, si bien la fuente resulta un elemento fundamental, porque en función de ella deberá seguirse un *iter* procedimental y sustantivo u otro distinto, cuyo desenlace, en el supuesto de que no se consiga un acuerdo entre las partes, difiere significativamente. Dentro de estas figuras jurídicas, dos de las más recurrentes y a las que nos estamos refiriendo son, como sabemos, la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET y la inaplicación de convenio del art. 82.3 ET, comúnmente conocida como “descuelgue”. La primera será aplicable a

¹ La Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 expone que se pretende: «... potenciar los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales, favoreciendo la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo». Posteriormente, se reitera esta idea en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, y el Capítulo III de dicho texto legal se titula «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo». Sobre la incongruencia de esta idea con el abaratamiento del despido, vid. Sanguinetti Raymond, W., «La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, pág. 129.

las condiciones reguladas en virtud del contrato de trabajo, de una decisión del empresario o de pactos y acuerdos colectivos (extraestatutarios), mientras que la segunda hará lo propio con los convenios colectivos estatutarios.

Como es sabido, al quedarse encuadrados en el art. 41 ET y no acompañar a los estatutarios en el 82.3 ET, la eficacia de los convenios extraestatutarios es más frágil, y, además, su carácter colectivo o individual vendrá determinado cuantitativamente por el número de trabajadores afectados. Pero, en realidad, y más allá de las diferencias procedimentales -es decir, la necesidad o no de realizar el periodo de consultas-, el que la MSCCT sea individual o colectiva no altera el resultado final: en los convenios extraestatutarios la parte empresarial tiene poder para modificar unilateralmente lo pactado, ignorando la naturaleza colectiva de la fuente reguladora y la fuerza vinculante que a ésta le otorga el 37.1 CE².

Sobre todas estas cuestiones, y dado su difícil encaje -en concreto del descuelgue, pero no sólo, pues como acabamos de ver hay más aristas- con lo que se constata en nuestro modelo de negociación colectiva y su imbricación con el derecho fundamental a la libertad sindical, han sido numerosas las críticas doctrinales que se han vertido sobre la configuración jurídica de la flexibilidad interna resultante del último periodo reformador³, por entender que los poderes del empresario salían reforzados de manera exorbitante y contraria al diseño constitucional⁴.

Continuando con la delimitación con la inaplicación de convenio estatuario, los límites entre estas dos figuras, en fin, no siempre son nítidos (tampoco lo eran antes de las últimas reformas), de manera que, si en el plano teórico pueden generar dudas y discusión, en la práctica son fuente de conflicto y litigiosidad. La cuestión no es baladí, debido fundamentalmente, más allá de a otras notables diferencias, a la presencia de esa unilateralidad que ostenta el empresario en el caso de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que concluya sin acuerdo⁵. Obligándolo la inaplicación, por el contrario, a un procedimiento más

² Crítico con esta separación entre convenios estatutarios y extraestatutarios, vid. Sanguinetti Raymond, W., «La reforma flexibilizadora de las modificaciones...», *cit.*, pág. 144; sobre la constitucionalidad de modificar por vía unilateral lo pactado por la negociación colectiva se pronunció la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4º.

³ Por todos, vid. Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F., «La nueva reforma laboral», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N. 5, 2012, págs. 1-39; y Baylos Grau, A., «El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, págs. 9 a 18.

⁴ Ampliamente, Ruiz Castillo, M.M., Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

⁵ En el caso de que haya acuerdo, sin embargo, las dos figuras convergen, puesto que se presumirá que concurre la causa, y la impugnación por vía judicial cabrá únicamente por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 41.4 in fine). No obstante, la presunción es

largo cuyo resultado final ya no está supeditado al acuerdo desde la reforma de 2012, pero tampoco queda a su arbitrio, sino sujeto en última instancia a un arbitraje obligatorio si lo activa una de las partes, allí donde las previas potenciales soluciones que el legislador se encarga de desgranar y promover prolijamente hayan fracasado en su intento de obtener el ansiado acuerdo -comisión paritaria del convenio, procedimientos del art. 83 ET en su caso, y, por último, el arbitraje de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios-⁶. Es lógico, por lo tanto, que en estos casos la parte social defienda y se aferre a la vía del descuelgue allí donde es posible, dado que su confección es algo más garantista -si bien parece esfumarse la opción de la extinción indemnizada⁷-, mientras que la parte empresarial tratará de justificar la adecuación de la MSCT, más ágil y afín a sus intereses.

Como consecuencia de que el régimen jurídico deja espacio, como decíamos, a varios interrogantes y a distintas opciones interpretativas, los tribunales han sido los encargados de ir puliendo y delimitando las fronteras entre estas dos herramientas de las que dispone el empresario, lo cual no deja de ser paradójico, dado que la limitación del control judicial ha constituido un objetivo manifiesto de las reformas más recientes de nuestro ordenamiento⁸.

Centrándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a dicho periodo reformador, la sentencia objeto de este comentario trae a colación lo establecido con anterioridad por el tribunal acerca de las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones. Así, se hace alusión a su sentencia de 3 de julio de 2019 (núm. 532/2019), dado que en ella se recogen los criterios jurisprudenciales que rigen la materia, que sintetizan a su vez lo establecido en sentencias precedentes⁹:

iuris tantum. Vid. Alameda Castillo, M.T., y Blázquez Agudo, E.M., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N. 14, 2016, pág. 13 del texto en línea.

⁶ Críticamente, vid. Gorelli Hernández, J., «El arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo», en Gorelli Hernández, J. (coord.), *El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, págs. 223-234.

⁷ Sin embargo, algunos tribunales han entendido que no por ello deja de ser aplicable, aunque no es la posición mayoritaria. Vid. Herráiz Martín, M.S., «El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 3, 2017, pág. 12 del texto en línea.

⁸ Toscani Giménez, D., «Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral*, N. 21-22, 2012, pág. 2 y ss.

⁹ Vid. FJ 2º apartado segundo, donde se mencionan las STS 17 diciembre 2014 (rec. 24/2014), 23 junio 2015 (rec. 315/2013) y STS 6 julio 2016 (rec. 155/2015). Véase, en esta materia, y mencionando tal jurisprudencia, el estudio de Martínez Moreno, C., «Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios», *Derecho de las Relaciones Laborales*, N. 4, 2016, págs. 323-345.

- Respecto de la causalidad, es similar para ambas figuras. Tanto en una como en otra se trata de responder a una situación (sobrevenida) problemática para la empresa que atienda a razones económicas, técnicas, organizativas o productivas.
- Respecto de las materias: se recuerda que, si bien hay casi una total identidad, la lista del art. 41 ET es abierta, mientras que se trata de un elenco cerrado la del 82.3 ET.
- Respecto de la sustancialidad: mientras que cualquier modificación de condiciones de trabajo reguladas en un convenio estatutario debe seguir el procedimiento del 82.3 ET, el procedimiento del art. 41 ET está reservado para aquellas alteraciones que reúnan la condición de sustancialidad.
- La duración de la medida: en el descuelgue será temporal, pues no puede sobrepasar el tiempo de duración del convenio colectivo que se deja de aplicar. Sin embargo, en la MSCT no hay limitaciones heterónomas en este sentido.
- Se señalan, en fin, diferencias en cuanto a la impugnación (plazos, modalidad procesal, etc.) y al hecho de que, en la MSCT de carácter individual, el trabajador/a tenga la opción de rechazarla y acogerse a la extinción indemnizada.

Brevemente, en cuanto a las causas, la laxitud con la que están configuradas es el rasgo que las define, como tantas veces ha descrito la doctrina. Véase como en la redacción de la MSCT se exige meramente que la medida guarde relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. En el caso de la inaplicación de convenio, aproximándose algo más a la regulación del despido colectivo¹⁰ -y de manera idéntica a la suspensión del contrato o reducción de jornada del art. 47 ET-, el legislador sí describe y “endurece” qué se entenderá por causa económica, bastando con que las pérdidas se prevean aun cuando no se hayan materializado, con lo cual tampoco aquí podría decirse que la causalidad resulte exigente. En el resto de las causas, ambas figuras se asemejan. En realidad, la sentencia objeto de este comentario despacha esta cuestión señalando, de manera genérica, que las causas son casi coincidentes. No obstante, pese al panorama descrito, las causas deberán superar en caso de control por parte de los tribunales un juicio de idoneidad que las conecte con la medida, atendiendo no sólo al dato fáctico sino a su finalidad¹¹. Relativo al carácter sustancial o no de la

¹⁰ No obstante, no debe olvidarse la desaparición de la previa conexión con el mantenimiento del empleo. Vid. Cruz Villalón, J., «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, N. 57, 2012, pág. 237.

¹¹ Martínez Moreno, C., «Impugnación de medidas de modificación sustancial... *cit.*», pág. 4 del texto en línea.

alteración, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, con los problemas que ello conlleva, quedando nuevamente a interpretación jurisprudencial el dilucidar si se alcanza este requisito, atendiendo a diversos criterios -donde cobra especial importancia la intensidad- que toman como base común el perjuicio o mayor onerosidad para el trabajador/a¹². Si se concluye que la alteración carece de sustancialidad, entonces nos situaríamos dentro de la esfera del *ius variandi* propio del poder de dirección. Nos parece destacable, por razones obvias, el asunto de la temporalidad o no de la medida, como ya se ha dicho al principio. A este respecto, no debe olvidarse que la modificación sustancial, del mismo modo que el descuelgue, es causal, no estando establecido que la medida deba ser definitiva, aunque exista esa posibilidad. Parece razonable que si se produce un cambio en las causas que la originaron, la modificación peyorativa también desaparezca. En ese sentido, podrían haberse previsto mecanismos de control a tal efecto, y en nuestro derecho positivo nada impide que puedan establecerse en el futuro.

En definitiva, pese a todo lo descrito y como puede deducirse, si bien algunos contornos parecen estar razonablemente definidos, cuando se desciende a casos concretos hay que analizarlos uno a uno, pues algunas zonas grises no terminan de esclarecerse con las pautas mencionadas.

2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA DE AMPLIACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL.

En el caso concreto que se analiza en esta sede, como hemos descrito, el núcleo del debate y de los recursos de casación gira alrededor de si el procedimiento de modificación sustancial -finalizado con acuerdo- ha sido el adecuado o si, por el contrario, lo que procedía era una inaplicación de convenio colectivo, que es la tesis de los sindicatos que impugnan el acuerdo alcanzado entre la empresa y USO, que afecta a 305 trabajadores. En conexión a dicha controversia, la parte sindical -dividida como se aludía en CGT por un lado y UGT, CCOO y CIG por otro- alega que la actuación de la empresa, en realidad, ha tenido como finalidad no desligar a determinados trabajadores en función de sus puestos del servicio de retén -que por lo demás se mantiene en algunas actividades-, sino sustituir la regulación convencional del mismo por una alternativa. Ello es así porque, como se adelantaba, en el mismo periodo de consultas en el que se pacta esta desafectación del servicio de retén, se negocia y acuerda la regulación de, textualmente, un «nuevo soporte para atender incidencias excepcionales». De hecho, «racionalizar» el sistema de gestión de incidencias es el objetivo expreso del periodo de consultas iniciado a instancia empresarial. Según la empresa, no podría ser de otra manera, es decir,

¹² Un repaso a diversos ejemplos donde los tribunales aprecian o no este requisito puede verse en Poquet Català, R., «Los difusos contornos del concepto de “modificación sustancial de las condiciones de trabajo” y la Ley 3/2012», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, N. 355, 2012, págs. 53 a 60.

no se podrían suprimir los retenes sin tratar seguidamente el modelo propuesto. Este argumento contrasta en cierto modo con la aseveración y los datos sobre la inutilización del retén, como veremos más adelante.

Tiene relevancia, y por ello queremos hacer una breve alusión, quiénes son los sujetos negociadores del acuerdo con que finaliza el procedimiento iniciado por la empresa. Debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo por el que se regulan las relaciones de trabajo es un convenio de grupo de empresas, distribuidas en todo el territorio nacional en diversos centros de trabajo. El convenio está suscrito, según se expresa, por las secciones sindicales de USO, CC.OO., UGT Y CIG, mientras que el pacto que aquí se discute se produce en el ámbito de determinados y concretos centros de trabajo, que tienen como empleadora a UFD Distribución Eléctrica, S.A., empresa del Grupo Gas Natural Fenosa S.A. Así, negocian las secciones sindicales representativas de dichos centros afectados por la medida. Es decir, si bien es cierto que bajo las siglas de las mismas organizaciones sindicales, los sujetos difieren y negocian en un ámbito inferior, en una especie de negociación descentralizada en cadena. Ello cobra relevancia porque, tal y como aducen los sindicatos en su demanda, de haberse seguido el procedimiento de descuelgue, que es el que consideran aplicable al caso, la composición del órgano negociador habría sido distinta. Esto es, en el nivel negociado, USO ha tenido mayoría suficiente para poder pactar en solitario con la empresa, dado que su representatividad en los centros de trabajo afectados le ha conferido siete vocales de trece. Sin embargo, no habría sido así en la comisión negociadora del convenio, donde su representatividad desciende a cinco vocales de trece¹³. Siguiendo con la cuestión de los sujetos, hay otro dato en el relato de hechos probados que merece ser traído a colación cuanto menos como dato para la reflexión, y es el hecho de que bajo las mismas siglas sindicales -excepto CGT- que en el caso analizado promueven la demanda, se habían suscrito en fechas muy recientes dos acuerdos con idéntico objeto y resultado, suprimiendo el servicio de retén en diversos centros de trabajo de zonas geográficas concretas, afectando a un total de 168 trabajadores. Se pone de manifiesto todo ello con la única intención de dejar constancia de algo que entendemos que resulta de interés, y es la fragmentación interna de intereses, problemática que puede estar presente en todos los ámbitos, pero seguramente es susceptible de producirse con mayor facilidad en estos entornos de grupos empresariales u otras fórmulas superpuestas¹⁴.

¹³ Hecho probado tercero, apartados tercero y sexto.

¹⁴ Vid. Soler Arrebola, J.A., «Reflexiones sobre la negociación colectiva en redes empresariales horizontales y verticales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, N. 238, 2021, págs. 67-112.

A continuación, y sintéticamente, veamos qué establece el convenio colectivo sobre la figura que para este grupo de trabajadores deja de aplicarse, al objeto de poder arrojar luz sobre la cuestión de si estamos ante una modificación sustancial o una inaplicación de convenio colectivo del 82.3 ET. El retén se describe en el art. 34.V como un servicio por el que los trabajadores están «localizables y disponibles fuera de su jornada laboral para su incorporación al trabajo cuando sean requeridos para ello, con el fin de garantizar el mantenimiento del servicio o el funcionamiento de los equipos e instalaciones». En primer lugar, dada la condición de *numerus clausus* de la lista de materias del art. 82.3 ET, es importante dilucidar si el retén puede relacionarse con alguna de las allí enunciadas y, en su caso, con cuál de ellas. Pese a que el mencionado precepto convencional lo encuadra en los distintos horarios aplicables en la empresa, entendemos que ello podría ser el fruto de una técnica inexacta, pues no se constata que el retén determine o afecte al horario, como tampoco a la jornada, más allá de que, en caso de activación, las horas de trabajo efectivas contabilicen como extraordinarias o suplementarias. Lo cierto es que ni el convenio, ni la sentencia de instancia ni la aquí analizada, atribuyen naturaleza jurídica al retén. Bajo nuestro punto de vista, no habiendo encontrado ningún elemento que permita incluirlo en los apartados a), b) y c) del art. 82.3 ET, estaríamos ante una prestación que afecta la cuantía salarial, puesto que se retribuye la disponibilidad, independientemente de que se produzca una efectiva activación, si bien, en el caso de que así sea, se retribuye adicionalmente (por los gastos de desplazamiento y por el tiempo de trabajo). Entendemos, pues, que lo que se está suprimiendo es una disponibilidad que da lugar a un complemento salarial, no habiendo por lo tanto impedimento para encuadrarlo en las materias de la inaplicación de convenio.

El precepto convencional aludido remite, por último, a varios anexos del convenio (V, VI, VIII y IX) en los cuales se regulan las condiciones del servicio, destacando, al margen de lo mencionado sobre la retribución y la ausencia de consideración de tiempo de trabajo¹⁵. A este respecto no debe olvidarse que la disponibilidad y localización fuera de la jornada laboral, si bien no tienen la consideración de tiempo de trabajo -salvo que el convenio establezca cosa distinta, que en este supuesto no es el caso- incide de manera significativa en la vida del trabajador. Su libertad de movimientos se ve notablemente restringida, en cuanto que tiene que estar en un radio que le permita desplazarse con premura al centro de trabajo en caso de ser requerido. Circunstancia que a su vez, evidentemente, afecta y condiciona la vida personal. No se trata, por lo tanto, de una cuestión menor.

¹⁵ Sobre esta materia puede verse Rodríguez Sanz De Galdeano, B., «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N. 41, 2010, págs. 51-79; recientemente Requena Montes, O., «Tiempo de presencia como tiempo de trabajo: el cómputo de las horas extraordinarias», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, N. 238, 2021, págs. 291-302.

Destaca a su vez, en la regulación convencional, su adscripción obligatoria, salvo excepciones fruto de cláusulas convencionales de décadas atrás. Tal regulación, fragmentada debido a que se trata de anexos aplicables según las diversas empresas del grupo, contiene también, entre otros aspectos, el radio de permanencia de los trabajadores afectados, el ciclo de rotación (intensificable en caso de necesidad empresarial), la retribución, el calendario, los medios técnicos de localización, las incidencias, la presentación al trabajo, la interrupción, el descanso en caso de activación, las sustituciones o la formación.

Pues bien, es precisamente la cláusula referente a la interrupción del servicio (Anexo VI apartado segundo) la que resulta en primer lugar determinante para la orientación del fallo, pues en ella se establece que la empresa puede interrumpir el servicio cuando lo considere necesario, bastando para ello una comunicación con al menos una semana de antelación a los afectados. Del mismo modo y con idéntico plazo, la parte empresarial podrá volver a dotar de operatividad al retén.

Tras analizar el articulado convencional que regula la figura discutida, y tras repasar su propia doctrina en la materia objeto del litigio, reseñada en el apartado anterior, la Sala concluye que la actuación de la empresa se encuadra dentro de las facultades que el propio convenio le confiere. El siguiente paso es colegir que no estamos ante un descuelgue de convenio colectivo, sino que el procedimiento de la modificación sustancial es suficiente, y ello debido al nuevo sistema implantado. De esta forma, y aunque quizá algo veladamente, no se distancia de la interpretación tribunal de instancia, según el cual es la empresa quien opta por un proceso más garantista que el pactado colectivamente, siendo el nuevo sistema lo que llevaría a la necesidad de acudir al procedimiento de la modificación sustancial.

Razona sobre la finalidad de los arts. 41.6 y 82.3 ET, destinados a que la parte empresarial, cuando se trate de alterar condiciones reguladas en convenio colectivo estatutario, no eluda un procedimiento que no le permite decidir unilateralmente. A juicio del órgano juzgador, sin discutir la relevancia de la medida, ello no ocurre en este caso concreto. Y no ocurre precisamente porque el convenio permite que se creen los retenes en los puestos que la empresa determine, y, en ese caso, su funcionamiento debe ajustarse a las condiciones que en él se establecen, no pudiendo eludirlas ni modificarlas sin acudir al art. 82.3 ET, pero se trata de una posibilidad y no de una obligación. Es por ello que la decisión empresarial puede suponer una modificación sustancial, pero no un incumplimiento del convenio. Prosigue su hilo argumental insistiendo en que, tras leer con imparcialidad los preceptos convencionales, no puede concluirse que se establezca para la empresa obligación alguna de constitución, mantenimiento o preservación indefinida de esta figura, constituida como una herramienta organizativa de la empresa que por lo tanto obedece a su propio interés. En definitiva, tras un examen del convenio, el tribunal no constata la obligación de mantener este servicio, sino la obligación de, en caso de que esté activo, regirse por las condiciones que en él se establecen.

Llegados a este punto, y en íntima conexión con esto último, es el momento de profundizar en la cuestión, clave para la resolución del caso, de si lo acaecido ha sido, en efecto, una supresión del retén para determinados trabajadores o, por el contrario, bajo esa apariencia formal subyace una alteración de las condiciones de esa prestación y, claro está, de su denominación. Esto es, si se llegase a la conclusión de que, como plantean los sindicatos, la realidad práctica responde a lo segundo, en ese caso no cabría duda de la aplicabilidad del procedimiento del 82.3 ET. La consecuencia jurídica, de haberse impuesto esta línea argumental, habría sido la nulidad de lo acordado en el periodo de consultas. En cuanto a la postura empresarial en este debate, en su oposición a la demanda la empresa sostuvo que la medida afectaba únicamente a dos puestos: supervisores y técnicos, cuya prestación consistía en la práctica en responder a las consultas de las empresas externas que se encargaban de resolver la avería en el terreno, proporcionándoles asesoramiento. La empresa esgrime que ya no necesita que los trabajadores adscritos a esos dos puestos efectúen este servicio, puesto que la inversión económica en la red eléctrica se ha materializado en una notable reducción de averías que deriva en la inutilización de la disponibilidad de estos trabajadores. En la misma línea, tal actualización tecnológica permite, en la actualidad, que las averías puedan resolverse mediante un sistema de telecontrol. Se explicita que las ocupaciones que se desligan del retén están muy sobredimensionadas y su uso ya no es necesario, pero, paradójicamente, a continuación se expone que el servicio de retén es insuficiente para determinadas situaciones, como la meteorología muy adversa. A mayor abundamiento, es la propia empresa quien reconoce que no puede desafectar a esos 305 trabajadores sin a su vez negociar otro modelo para las incidencias en el que vuelve a incluir esos puestos, aunque con una configuración distinta y un protagonismo reducido.

La Sala no comparte la posición sindical al respecto ni manifiesta tampoco duda alguna sobre esta cuestión. Para ello, se apoya en dos datos que considera relevantes a estos efectos:

- La actualización tecnológica referida, sacando a relucir el dato de que en los años 2017 y 2018 (la fecha del acuerdo discutido es de noviembre de 2018) no se ha precisado de activación alguna, mientras que en los años precedentes se describe que en un 19% de los días de servicio se precisaba intervención en una incidencia, mientras que el 33% de los días de servicio dicha intervención atendía entre una y dos incidencias.
- Por otro lado, el Tribunal se apoya en el plus de legitimidad que otorga el que el periodo de consultas concluyese con acuerdo, siendo por tanto adoptado por la mayoría de la representación de los trabajadores. Así, entiende que el hecho de que el cambio instado no provenga de una decisión unilateral sino de un acuerdo avalado por la negociación colectiva, otorga validez a lo actuado y refuerza la idea de que se ha seguido el procedimiento adecuado.

Respecto del primer argumento esgrimido, el elevado nivel tecnológico y la inutilización en la actualidad del servicio de retén, entendemos que, por importante que sea y por acreditado que haya quedado, no es clave para lo que aquí se está discutiendo. Qué duda cabe de que tal nivel tecnológico ha tenido como consecuencia que a la empresa ya no le sea útil el sistema de retén que venía utilizándose, pero ello no la autoriza a alterarlo por el procedimiento que más conveniente le sea, sino que habrá de estar al que legalmente sea aplicable. Entendemos, por lo tanto, que lo que realmente ha tenido peso ha sido la segunda consideración, es decir, la legitimidad que aporta el acuerdo con los representantes de los trabajadores. Nos encontramos, pues, con que es a través del pacto producido por la negociación colectiva como se valida lo actuado y los resultados que arroja, sin profundizar lo suficiente en si se ajusta a derecho o menos, como si se pudiese concluir que bien está lo que está pactado.

Sin embargo, no se profundiza en el elemento crucial, que es el nuevo modelo de gestión de incidencias, al que meramente se refiere para establecer que es obvio que la empresa tiene la obligación de disponer de algún mecanismo que atienda estas situaciones de incidencias, averías, etc. fuera de la jornada de trabajo. En lugar de analizar este nuevo modelo, explicando a través de él las razones que le llevan a concluir que la nueva regulación dista del antiguo retén y que, por lo tanto, no estamos ante un cambio meramente formal que en la práctica se traduce con la continuidad del servicio con otras condiciones y otro nombre, la Sala, haciendo suyo el alegato empresarial, insiste en sostener su argumentación poniendo de manifiesto los datos que evidencian que la utilización del retén venía siendo en los últimos tiempos residual o nula. A juicio del Tribunal, ello es suficiente para llegar a la conclusión de que nada tienen que ver el nuevo modelo y el antiguo retén. Bajo nuestro punto de vista, las conclusiones tenían que haber tenido como elemento nuclear la confrontación de ambos sistemas, que es el elemento material que permitiría avalar o desvirtuar las alegaciones opuestas de las partes. En ese sentido, la Sala ha sido bastante parca en su exposición, y los elementos en los cuales se apoya resultan, a nuestro juicio, insuficientes para explicar la procedencia de la modificación sustancial.

Ciertamente, si se analiza el nuevo modelo de gestión de incidencias fuera de jornada, puede plantearse que contiene palpables similitudes con el servicio de retén. En primer lugar, llama rápidamente la atención el hecho de que los dos puestos (supervisores y técnicos) que se desafectan del retén están incluidos expresamente en una de las dos modalidades que contempla el nuevo soporte. Su adscripción, por el contrario, en este modelo es voluntaria. Durante las negociaciones, según se relata en los hechos probados, la empresa expresó haber cedido a la petición sindical de que el nuevo modelo fuese de adscripción voluntaria, y advierte que consideró la posibilidad de externalizar las incidencias, no habiendo finalmente optado por esa vía por ser más gravosa para el personal. Se modifica el funcionamiento de la propia disponibilidad, que ahora consistirá en adscribirse voluntariamente a las

listas y, si la empresa lo requiere, hacerla efectiva, distinguiendo entre situaciones en que será posible preavisar y situaciones en las que no. En el específico supuesto de las activaciones extraordinarias sin posibilidad de preaviso, los trabajadores no tienen la obligación de estar localizables, de manera que, si no se contacta con ellos, se pasará al siguiente de la lista. Se modifica, por su parte, el sistema de retribución, en el sentido de que, alterando las características de la disponibilidad, se altera también la percepción de un importe que ya no será fijo, sino que irá en función de si se requiere o no esa disponibilidad y de si, ulteriormente, se produce o no la activación. Estamos por lo tanto ante una regulación que parece ser más *flexible*. Cabe decir que en el nuevo modelo la contribución de estos trabajadores a la gestión de incidencias lo es a modo complementario o de refuerzo, ante situaciones extraordinarias, pues el servicio de incidencias ordinario se lleva a cabo por otros trabajadores, en concreto por los responsables de operaciones. Es decir, sí que se evidencia una menor necesidad cuantitativa de que los supervisores y técnicos estén disponibles fuera de su jornada, pero, por el contrario, no se acredita que su disponibilidad ya no sea necesaria, sino todo lo contrario.

Por lo tanto, tras una lectura comparativa del nuevo modelo, lo cierto es que no nos resulta irracional ni inverosímil la tesis sindical, en el sentido de que en ambos casos estamos ante una fórmula organizativa que regula la disponibilidad fuera de la jornada laboral, y si el convenio contiene las condiciones del ejercicio de esa disponibilidad, su evitación debería haberse producido mediante la inaplicación de convenio colectivo del art. 82.3 ET. O, en su caso, y vistas las contrapartidas ofrecidas -a las que nos referiremos seguidamente-, incluso podría haberse negociado en el siguiente convenio colectivo, una vez decaída la vigencia del actual (31/12/2020). Pudiera ser, entonces, que el argumento sindical de que no se ha desafectado a determinados trabajadores del retén, sino que éste en sí se ha visto sustituido por un modelo alternativo, tenga más veracidad de la que se le ha dado en el proceso judicial. El tramitarlo por la vía del descuelgue habría provocado posiblemente una dinámica negocial diferente, sin que ello equivalga, forzosamente, a que el resultado hubiese sido distinto.

A nuestro juicio, y partiendo de que lo ocurrido no ha sido una desafectación del retén de determinados trabajadores, se está validando que un acuerdo colectivo pueda establecer excepciones a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, donde se regula bajo qué requisitos y procedimiento es posible, en una lista de materias tasada, inaplicar temporalmente las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario. Excepciones, como se aprecia, en el sentido de rebajar las exigencias, no de aumentarlas (para esto último, en principio, no habría obstáculos, pues nada impide al empresario renunciar y limitar sus poderes). Esta idea de que los resultados de la negociación colectiva puedan rebajar la regulación legal contrasta con aquella otra que nos llevaría a razonar que el art. 82.3 ET constituye una norma de derecho necesario.

La inaplicación de convenio colectivo, como sabemos, constituye una excepción a la eficacia jurídica y personal de la que está dotado este instrumento, así como de su vigencia. Es, por tanto, una herramienta excepcional, aplicable únicamente en determinadas situaciones en las cuales el legislador consiente que temporalmente no opere la fuerza vinculante propia de los convenios colectivos. ¿Puede la negociación colectiva desviarse de esta configuración *in peius*? Advértase que una respuesta afirmativa colisionaría jurídicamente, a nuestro entender, con el precepto en particular y, más ampliamente, con la arquitectura legal y constitucional en esta materia. Insistimos en que ya de por sí la inaplicación de convenio tiene un carácter excepcional y temporal, y se trata de una figura que se inserta, pese a las contradicciones teóricas y las tensiones sociales que genera, con la supuesta finalidad de evitar que las circunstancias adversas o incluso meramente orientadas a la mejora de la empresa acaben produciendo resultados más gravosos, especialmente la pérdida de puestos de trabajo. Es por ello por lo que se permite, y es por ello por lo que la parte empresarial cuenta igualmente en nuestro derecho positivo con otras figuras dentro de lo que viene llamándose flexibilidad interna, algunas de las cuales incluso posibilitan que el contratante fuerte altere condiciones de manera unilateral, algo impensable en el derecho común¹⁶, del que nuestra disciplina se escindió precisamente por la constatación de los nocivos efectos que la desigualdad real entre las partes producían. ¿Autoriza ello a que dichas previsiones excepcionales sean disponibles para la negociación colectiva? ¿Puede la negociación colectiva desviarse de la configuración legal y aumentar los poderes empresariales? Aunque la sentencia analizada no lo dice expresamente, pues lo plantea en otros términos, la respuesta a efectos prácticos ha sido afirmativa. En ese sentido, no parece ser algo aislado, pues pueden encontrarse ejemplos jurisprudenciales recientes en la misma línea, que abiertamente afirman que no hay ningún obstáculo para que el convenio autorice, para determinados grupos de trabajadores, a eludir el procedimiento de inaplicación del convenio y sustituirlo por el de la modificación sustancial¹⁷.

En cuanto a las contrapartidas ofrecidas a los trabajadores que se desafectan del servicio de retén, no puede decirse que no estén presentes, algo que por otra parte debería de ser lo normal en toda negociación que materialmente lo sea. Como compensación a la pérdida de la retribución del servicio suprimido, la empresa se compromete a mantener un porcentaje de dicha retribución a los trabajadores afectados durante un periodo de tres años, variable según la anualidad (80% el primer año, 40% el segundo y 10% el tercero), además de adicionar un plus transitorio que amortigüe la progresiva pérdida salarial.

¹⁶ Ruiz Castillo, M.^a M., «El pacto individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», en Cruz Villalón, J., (Coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, págs. 315-347, CES, Madrid, 1995.

¹⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1123/2020, de 15 de diciembre, relativa al horario.

La figura discutida, en fin, se ha regulado colectivamente como una herramienta de la parte empresarial, que tiene plena potestad para decidir sobre su continuidad. Tras suprimirla para algunos puestos, en el mismo periodo de consultas, se acuerda otro modelo de disponibilidad fuera de la jornada, en el que expresamente están llamados los mismos colectivos de trabajadores que se desligan de la regulación precedente, y el tribunal lo valida apoyándose en que se hace mediante acuerdo. Como hemos mantenido, pese a que sendos tribunales y ministerios fiscales han sido del mismo parecer, la posibilidad de estar ante una sustitución del modelo de disponibilidad fuera de jornada elusiva del convenio colectivo y del régimen jurídico que le es de aplicación, bajo nuestro punto de vista, sí tiene fundamento.

3. CONCLUSIONES

Más allá de lo expuesto, queremos finalizar este comentario haciendo una breve reflexión relacionada con todo lo expuesto. Bajo nuestro punto de vista, tanto el convenio colectivo como el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, constituyen ejemplos paradigmáticos de la asunción o expansión de funciones que en las últimas décadas viene asumiendo la negociación colectiva. Tal tendencia, consistente en virar la orientación de los productos de la negociación colectiva para que respondan, también, a las necesidades e intereses empresariales, de manera que dicha parte pueda usarlos como un instrumento organizativo, se ha visto fomentada y reforzada en cada reforma laboral, habiendo sido particularmente contundentes las que siguieron a la crisis del año ocho.

Toda vez que en las reformas de los noventa la negociación colectiva ganó espacios en detrimento de la fuente legal, en el último periodo reformador se puso el acento en dar un paso más, consistente en priorizar el ámbito de negociación de la empresa en detrimento del sectorial, por considerarlo, otra vez, más dúcil para los resultados pretendidos. Por esa misma razón, se ampliaron los sujetos negociadores. El objetivo, poco novedoso, es que los convenios, pactos y acuerdos sean instrumentos idóneos para obtener condiciones de trabajo más flexibles -en el sentido de adaptables a los intereses empresariales-, de manera que se modificaron y ampliaron las posibilidades que recoge nuestro ordenamiento jurídico para que sea posible alterar por distintas vías las condiciones de trabajo, con un marcado protagonismo de la negociación colectiva en este ámbito. Aumentaron, paralelamente, los poderes empresariales. Así, esta tendencia alcanzó cotas inéditas hasta el momento. Dicho esto último con permiso de saber qué nos deparará el derecho del trabajo post pandemia, dado que cada crisis económica -por lo demás, cíclicas y recurrentes en el sistema productivo vigente- ha sido utilizada para dar un paso más en la flexibilización de las relaciones de trabajo, traducándose tal flexibilización, en la práctica, en menores niveles de tutela para el contratante más débil de la relación laboral.

El panorama apenas descrito hace que los convenios y acuerdos colectivos se alejen del paradigma clásico que estudiamos cuando nos acercamos a esta materia, en el que aprendemos que los productos de la negociación colectiva tienen teóricamente un perfil adquisitivo para los trabajadores y limitativo para los poderes del empresario. Alejándose de este esquema, no es desde hace mucho una novedad que los convenios colectivos, en algún momento vehículo para la adquisición de mejoras, sean con frecuencia portadores de condiciones peyorativas. Así, más que mejorar condiciones mínimas, se ha ido avanzando en aquella otra función del convenio más ligada a la organización y gestión empresarial.

Bajo nuestro punto de vista, el caso analizado y su problemática constituyen, como decíamos, un ejemplo ilustrativo de esta tendencia. En primer lugar, es el propio convenio colectivo el que regula la cuestión discutida configurándola como una herramienta empresarial que, como tal, permanece a su disposición. Posteriormente, vuelve a ser la negociación colectiva la que alcanza en el mismo proceso un acuerdo para regular de manera distinta la disponibilidad fuera de la jornada, siendo ello suficiente para que el Tribunal valide toda la operación, pese a que los mismos puestos que ya no eran necesarios están llamados expresamente en el nuevo modelo.

Ahora bien, una cosa es que se suscriban estos acuerdos -en muchas ocasiones legales, pues como hemos reflejado se potencian desde la fuente legal-, y otra distinta que la jurisprudencia los valide en aquellos casos en que van más allá de lo que, generosamente, se les está permitido. Ya hemos tratado de sustentar, jurídicamente, nuestras serias dudas al respecto. Por ello, queremos finalizar recordando que, en los cimientos de nuestra disciplina, se halla la indiscutible necesidad de reequilibrar posiciones entre las partes. Con una legislación que, desde hace décadas, no transita esa vía, y una correlación de fuerzas actualmente muy dispar, donde el sujeto social se encuentra más y más debilitado, determinadas líneas jurisprudenciales no hacen sino contribuir a profundizar en un desequilibrio que tiene muchos frentes y que es por definición ontológico.

JUBILACIÓN ANTICIPADA Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO: UNA SOLUCIÓN A LA CARTA SEGÚN LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA SOCIAL DE CADA ESTADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021
ECLI:EU:C:2021:55

BEATRIZ GUTIÉRREZ CANEDA

DAIANA ANA MARÍA PIȚICĂ*

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora del sistema especial del hogar familiar, cuyas bases, *ex lege*, son inferiores a las mínimas del Régimen General al que pertenece, solicita una pensión de jubilación anticipada al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la cual es denegada por aplicación estricta del art. 208 LGSS que impide acceder a una pensión de jubilación anticipada cuando la cuantía que hubiere de abonarse necesitase de ser complementada a mínimos.

RESUMEN: El TJUE analiza la aplicación de la Directiva 79/7 CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social al supuesto descrito anteriormente, tras elevación de cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Para ello, trata el principio de “discriminación indirecta” recogido en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Pero, lejos de resolver, en su “aleccionador” fallo, remite al órgano jurisdiccional español para que compruebe si la norma queda justificada por “objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”. Por lo que si determinase que ello no supone “discriminación”, la normativa comunitaria aceptaría la validez de la norma que impide la jubilación anticipada voluntaria al colectivo de personas que no cumplieran el requisito de llegar a la pensión mínima.

* Doctorandas de la Universidad de Málaga.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LAS PERSONAS INCLUIDAS EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR
 - 1.1. La regulación vigente de la jubilación anticipada en la LGSS: en especial, la jubilación anticipada por voluntad del interesado
 - 1.2. La protección en el sistema especial para empleados del hogar familiar
 - 1.2.1. Las personas empleadas al servicio del hogar familiar: un colectivo “incómodo” o “invisible” para los gobernantes a lo largo de la historia
 - 1.2.2. La protección social de las personas encuadradas en el sistema especial del hogar familiar
2. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR DISTINTO TRATO EN LOS REGÍMENES O SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO)
3. SOBRE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2021, ASUNTO C 843/19 Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO
 - 3.1. El conflicto interpretativo
 - 3.2. La STJUE de 21 de enero de 2021: un fallo abierto a la interpretación, pero “direccionando” al TSJ de Cataluña hacia dónde ha de dirimirse la controversia
 - 3.2.1. De una cuestión capciosa a una resolución capciosa
 - 3.2.1. Las pautas para la resolución por parte del órgano jurisdiccional español
4. BREVES CONCLUSIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA¹ Y LAS PERSONAS INCLUIDAS EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

En todo el mundo, pero en especial en los países desarrollados, se está produciendo un fenómeno de “envejecimiento” continuo de la población a causa de las tasas de fertilidad decrecientes y el aumento de la longevidad. Se ha dicho que ello supondrá un reto, a lo largo del s. XXI, desde la perspectiva económica y social, a todos los países. Así, por ejemplo y según CEDEFOP, en 2060, en la Unión Europea, sólo habrá dos personas en edad de trabajar (de 16 a 64 años) por cada persona mayor de 65 años². Ello, como es fácilmente imaginable, conlleva unas gravísimas consecuencias para la sociedad en su conjunto, ya que no se está, simplemente, ante un problema de las personas de edad avanzada al extenderse sus ramificaciones a aspectos, de suma relevancia, como la propia solidaridad intergeneracional.

¹ Sobre esta cuestión, *in extenso*, y por todos, véase Álvarez Cortés, J.C. “Las jubilaciones anticipadas y su evolución”, en AAVV Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria, Dir, Calvo Gallego y Fernández Lopez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 487 y ss.

² Vid “Trabajo y envejecimiento: mejora de las condiciones ergonómicas de la actividad laboral para la promoción de un envejecimiento saludable”, *Prevención, Trabajo y Salud* n° 30, 2004, págs. 29-36.

En general, como es sabido, la mejora de la calidad de vida en la edad avanzada tiene una especial incidencia en los costes sociales, tanto por el alargamiento de los períodos de percepción de las pensiones de jubilación, a causa del aumento de la esperanza de vida, como por el aumento de los costes sanitarios, a causa de una mayor demanda provocada por el envejecimiento.

En la mayoría de los sistemas de Seguridad Social financiados con cotizaciones y basados en sistemas de reparto, se suscita la preocupación sobre si una mano de obra cada vez más escasa, esto es, si la disminución de cotizantes, por las elevadas tasas de desempleo, permitirá sostener a los pasivos. En dicha situación, la mayoría de los economistas y entidades financieras y de seguros (de forma altamente interesada) nunca se plantean un incremento de los ingresos para financiar las prestaciones. De hecho, los economistas y actuarios utilizan la llamada “tasa de dependencia” para pronosticar las implicaciones financieras de las políticas de pensiones y, de paso, justificar los recortes en las pensiones públicas.

Ello ha dado lugar, en diferentes países, a la adopción de “recortes” como medidas de contención de los gastos en jubilación (y de “garantía y sostenibilidad” del sistema de protección social). Entre otras cosas, el impulso de la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo, es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera darse respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo, lo que, sin duda, supone restringir las posibilidades para jubilarse a una edad inferior a la legal.

En este orden de cosas, la regulación de la jubilación como prestación del sistema de Seguridad Social pivota sobre un elemento fundamental: la edad. El establecimiento de esta frontera, entre la vida activa y la situación de jubilación pensionada o, dicho de otro modo, la determinación de la edad que permita acceder a una pensión de jubilación, es una de las cuestiones más complejas que actualmente se observan. Y ello porque no puede olvidarse que en la regulación de la jubilación y la edad a la que deba producirse³, además de la esperanza de vida, han de tenerse en cuenta otras variables como la incidencia de las carreras de seguro⁴ y, de otro lado, la tipología del trabajo realizado por los trabajadores maduros (ya que las

³ Sobre el tema, véase, Camós Victoria, I., *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 56 y sigs.

⁴ Aunque esta es una idea que se recoge por todos los analistas, lo cierto es que pertenece a una lógica de un sistema de capitalización y no de reparto como es el nuestro. Sin duda, la aportación o carrera de seguro sirve como base para limitar el derecho o reducir la cuantía de las prestaciones futuras en términos actuariales aplicados en el ámbito del seguro privado y que no tienen por qué ser trasladados a un sistema público de pensiones ya que la filosofía es distinta. Salvo que se quiera, claro está, reducir las pensiones públicas en beneficio del posible negocio que puedan hacer las compañías privadas de seguro.

condiciones de “dureza” de un trabajo afectan, sin duda, a la longevidad de las personas o, al menos, en la calidad de vida de su retiro)⁵.

Dejando de lado la situación de la llamada jubilación forzosa, por sus constantes cambios en la regulación jurídica, actualmente permitiéndose cuando se cumplan unos determinados requisitos⁶, se ha diseñado en nuestro ordenamiento un sistema de jubilación gradual y flexible⁷, ya que, a pesar de existir una edad legal de jubilación, aún puede considerarse, con todo, un requisito flexible porque, de un lado, puede adelantarse o anticiparse y, de otro lado, puede fomentarse el mantenimiento de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo tras cumplir esa edad (bien mejorando sus pensiones futuras o bien permitiendo compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista).

Evidentemente, por lo que nos interesa, la jubilación anticipada, como fórmula de suavizar la rigidez de la edad de acceso a la pensión de jubilación, e incluso a pesar de que la misma en algún momento haya podido servir como fórmula de política de empleo (con escaso éxito, por cierto) ha venido, desde la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, desincentivándose. Modificación normativa respecto de la jubilación anticipada influenciada, sin duda, por el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 y por el Informe de renovación del Pacto de Toledo de 2011 en el que la Comisión se limitó a recomendar que se reservase o limitase esta posibilidad a quienes tuvieran carreras largas de cotización y optasen voluntariamente por jubilarse y a colectivos que realicen actividades concretas y a personas con discapacidad con menos esperanza de vida.

1.1. La regulación vigente de la jubilación anticipada en la LGSS: en especial, la jubilación anticipada por voluntad del interesado

Consecuencia de ello, la Ley 27/2011 reconfiguró la regulación de la jubilación anticipada que, junto con las modificaciones producidas (incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011) por el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de

⁵ Ya que el desgaste personal que ha sufrido el trabajador por el trabajo realizado debería permitir reducir la edad a estos colectivos.

⁶ Vid. Álvarez Cortés, J.C. “El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los Convenios Colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A. 10ª ET dada por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53, 2019, pp. 31 y sigs.

⁷ In extenso, sobre esta cuestión, véase Tortuero Plaza, J.L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Civitas, Madrid, 2002.

mayor edad y promover el envejecimiento activo⁸, han venido a fijar la redacción final de los arts. 206 a 208 de la LGSS, en su texto refundido de 2015.

Se han establecido requisitos más rigurosos para el acceso a una pensión de jubilación anticipada, promoviéndose la idea de alcanzar una mayor permanencia en el mercado de trabajo de las personas en edad madura o, en otras palabras, se han endurecido los requisitos para jubilarse anticipadamente, buscando precisamente dificultar el recurso a la misma por parte de la negociación colectiva informal de empresa, fundamentalmente, en el marco de los expedientes de regulación de empleo, mediante la elevación de sus estándares legales. Dificultando el acceso voluntario también a esta posibilidad ya que la normativa anterior podría favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.

Como se conoce, se establecen tres modalidades de jubilación anticipada en nuestro ordenamiento: por razón de actividad⁹ o en caso de discapacidad¹⁰, la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador¹¹ y, finalmente, en la que vamos a centrarnos, la jubilación anticipada por voluntad del interesado.

La redacción actual del art. 208 LGSS trae su origen en el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. La regulación

⁸ Esta norma justifica la modificación de la jubilación anticipada, en su Exposición de Motivos, en la sostenibilidad del sistema de pensiones que precisa “que los parámetros esenciales que determinan el acceso a la protección o la cuantía de las prestaciones se adecuen a las circunstancias y realidades sociales y económicas en que ese sistema se desenvuelve. Resulta, por tanto, esencial que la edad de acceso tenga en cuenta la variación de la esperanza de vida tanto cuando el acceso se produce a la edad legalmente establecida, como en los supuestos en que el acceso es posible a una edad inferior. En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.”

⁹ Cuando así se establezca en un Real Decreto para aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

¹⁰ El caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos contenidos en el correspondiente real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida, *vid., in extenso*, Ordoñez Casado, I. “La salud de los trabajadores con discapacidad y su incidencia en la edad de jubilación”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, ISSN 2444-3476, n1 231, 2020, págs. 199-218.

¹¹ Respecto de la que se exige requisitos de edad, de período de carencia y de que el cese se haya producido “como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la

de la jubilación anticipada que deriva de la voluntad del interesado o “voluntaria” tiene unos requisitos más “estrictos” que la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

Por lo pronto, el tiempo de anticipación solo puede ser de dos años (o una edad “inferior a dos años, como máximo”, a la edad legal ordinaria de jubilación que corresponda), sin que puedan aplicarse coeficientes reductores en caso de discapacidad o por haber realizado actividades naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en sectores de elevada morbilidad o mortalidad.

De otro lado, se exige acreditar un período previo de cotización o carrera de seguro de, al menos, 35 años (dos años más que la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador).

Con respecto a la cuantía de la prestación por jubilación anticipada voluntaria, se producen dos diferencias importantes con la “anticipada por causa no imputable”, la primera es que los coeficientes reductores por trimestre, respecto de los mismos periodos de carrera de seguro, son más altos que los establecidos en la jubilación anticipada del art. 207 LGSS, con la idea de “desincentivar” o “castigar” a la persona que opte por jubilarse anticipadamente de forma voluntaria. Pero, la más importante, sin duda, es que no se podrá acceder a la pensión de jubilación anticipada voluntaria si hubiera que completarse la cuantía de la misma con los complementos para mínimos a los que se refiere el art. 59 LGSS o, en palabras de la norma “el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad”.

Y esta es la situación que impide a la trabajadora empleada del hogar acceder a esta pensión de jubilación anticipada y que es origen de la sentencia del TJUE que se comenta.

Para terminar un apunte final: en el momento actual, al amparo de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo renovado en noviembre de 2020, y en desarrollo del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 13 de abril de 2020¹², se prevé como objetivo la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas. Para ello, el MISSM está trabajando con los agentes

continuidad de la relación laboral” (además de forma excepcional por extinción de la relación laboral por ser víctima de violencia de género) lo que conllevará una reducción en la pensión de jubilación obtenida por cada trimestre de anticipación, según el tiempo de cotización acreditado. Sobre el tema, in extenso, vid. Rodríguez Iniesta, G. en “La jubilación anticipada”, AAVV *Trabajadores Maduros y Seguridad Social*, (Dir. Álvarez Cortés, J.C), Aranzadi, 2018, págs. 115 y ss.

¹² Véase <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/130421-%20Plan%20de%20recuperacion%2C%20Transformacion%20y%20Resiliencia.pdf>, pp. 138 y 166

sociales una modificación en los coeficientes reductores haciéndolos de carácter mensual para la jubilación anticipada voluntaria, para “incentivar la permanencia en el empleo y eliminar los elementos regresivos que tiene el sistema actual” y también en la aplicación de los mismos sobre la cuantía de la pensión lo que será más equitativo ya que ello hará que tengan los mismos efectos para todos, algo que actualmente no sucede, en el caso de los trabajadores que cotizan por la base máxima¹³.

1.2. La protección en el sistema especial para empleados del hogar familiar

1.2.1. Las personas empleadas al servicio del hogar familiar: un colectivo “incómodo” o “invisible” para los gobernantes a lo largo de la historia

Hablar del trabajo doméstico desde el punto de vista histórico es hacer un recorrido por los vaivenes que la calificación jurídica de la prestación de servicios en el hogar familiar ha venido experimentando a lo largo del tiempo. Tampoco estaría demás decir que no ha sido una tarea fácil, ni para el legislador español ni para la sociedad, llegar a la actual regulación del trabajo doméstico como una relación laboral de carácter especial, sobre todo si tenemos en cuenta que la regulación de este tipo de prestación de servicios por cuenta ajena ha estado al margen del ordenamiento laboral durante muchos años.

En efecto, a la prestación de servicios domésticos no se le otorgó carácter laboral hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, donde se daría el primer paso hacia una laboralización del trabajo doméstico, en tanto se la calificaba como una prestación “*por cuenta y bajo dependencia ajenas*”¹⁴. Poco duró esta situación ya que la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, suprimió el carácter laboral del trabajo doméstico, quedando regulada esta relación profesional como un contrato de arrendamiento de servicios por el Código Civil¹⁵. Volvió a aparecer

¹³Véase <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/120421-jubilacion.aspx>

¹⁴ Art. 2º, como puede verse en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/326/A01130-01138.pdf>. pero seguía dejando fuera de su regulación todo lo relativo a contingencias profesionales, jornada de trabajo y tiempo de descanso.

¹⁵ La prestación de servicios por los empleados de hogar bajo la modalidad de arrendamiento de servicios viene regulada concretamente en el Libro IV, Título VI, Capítulo III “Del arrendamiento de obras y servicios”, Sección primera “Del servicio de criados y trabajadores asalariados” del Código Civil, arts. 1583 a 1587. En su art. 1583, en concreto, se señala la posibilidad de “*contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada*”, declarándose nulo el “*arrendamiento hecho por toda la vida*”. Cabe la posibilidad del desistimiento del contrato por cualquiera de las partes antes de cumplirse su término, teniendo en cuenta que cuando al criado se le despide “*sin justa causa*”, se le deberá pagar “*el salario devengado y el de quince días más*”. También se establece que en lo relativo al porcentaje del salario del “*sirviente doméstico*” y

la “laboralización” de esta relación con la adopción de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales¹⁶, al considerarse como una relación laboral “de carácter especial”¹⁷, carácter especial de la relación laboral que se mantendría en la versión original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y cuyo desarrollo reglamentario sería efectuado en primera instancia por el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que permanecería en vigor hasta su sustitución por el nuevo Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

Sin embargo, ni siquiera con esta última reglamentación se ha logrado equiparar el trabajo doméstico con la relación laboral común, puesto que en el vigente 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, se sigue considerando una relación laboral especial “*la del servicio del hogar familiar*” (art. 2.1.b).

Sea como fuere, no es una novedad el hecho de que el trabajo doméstico se ha considerado siempre aislado del mercado productivo, razón por la cual se ha dejado al margen de la regulación laboral y de seguridad social y por consiguiente, son las políticas reguladoras las que deberían de constituir las herramientas clave para asegurar unas oportunidades de trabajo decente también para este colectivo.

*1.2.2. La protección social de las personas encuadradas en el sistema especial del hogar familiar*¹⁸

Fue en 2011 cuando, quizás por la influencia de la Organización Internacional del Trabajo, se produjo una nueva regulación y actualización de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas empleadas del hogar familiar¹⁹. La

“*sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente*”, el amo será creído salvo prueba en contrario. Por último, se concreta que la “*despedida*” de los criados da derecho a “*desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo*”.

¹⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>.

¹⁷ En este sentido, el art. tercero de dicha norma configuraba “*el trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades*” como una relación laboral “*de carácter especial*” sometida a normativa específica. Se autorizaría a tal fin al Gobierno para que un plazo máximo de dos años elaborara las disposiciones especiales al respecto, rigiéndose mientras tanto esta prestación de servicios por la normativa que hasta el momento se venía aplicando, es decir, por las disposiciones sobre arrendamiento de servicios del Código Civil. Así lo expresan la Disposición Adicional Cuarta y la Disposición Transitoria Primera, de conformidad con el art. 3.a), de la Ley 16/1976 de 8 de abril de Relaciones Laborales.

¹⁸ Sobre el tema, *in extenso*, vid. Sanz Sáez, C., *La protección social de las empleadas de hogar: la desaparición definitiva del régimen especial de la seguridad social y su integración en el régimen general como sistema especial: análisis actual y de futuro*, Bomarzo, Albacete, 2018.

¹⁹ Eso sí, con una mayor aproximación a la normativa laboral común debido a que las últimas reformas adoptadas al respecto se han adoptado bajo la influencia del Convenio 189 de la OIT que, paradójicamente, España no ha llegado a ratificar. *Vid* Quesada Segura, R. en “La dignificación del

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social determinó la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General; una nueva regulación importante y sin duda “mejorable”²⁰ que venía conceder nuevos derechos en la relación laboral e incluir a este colectivo, a modo de sistema especial, en el Régimen General de la Seguridad Social²¹.

En la redacción actual de la LGSS, son los arts. 250 y 251 LGSS los que regulan el sistema especial para empleados de hogar. Se incluyen en este sistema especial los trabajadores que se encuentran sujetos a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (al que se refiere el art. 2.1b) ET)²², pero no los trabajadores que presten servicios domésticos cuando no hubieren sido contratados directamente por los titulares del hogar familiar, sino a través de empresas²³.

trabajo doméstico. El Convenio nº 189 OIT, 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 27, 2011.

²⁰ Sobre esta cuestión, Miñarro Yanini, M. en “La regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I y II), *Relaciones Laborales* nº 4 y 5, 2012.

²¹ Sobre esta integración, vid., García González, G., en “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, *Aranzadi Social* nº 8, 2011,, BIB 2011/1743, también Pérez-Bedmar, M. en “La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 23, 2011, pp. 137 y ss, https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13731/64401_8.pdf?sequence=1

²² Entre las sentencias más significativas de la jurisdicción social que delimitan claramente la inclusión o no en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial de empleados de hogar, podemos citar las siguientes:

- Cuando el trabajador esté contratado por el empleador, persona física, para que desempeñe tareas de empleado de hogar tales como jardinería, limpieza de la casa y camarero en una finca que este último disfrute como segunda residencia, se trataría de un supuesto incluido en el ámbito de aplicación de la normativa relativa a la relación laboral especial de empleados de hogar STSJ Cataluña de 8 de febrero de 2008, EDJ 2008/41996. Por lo contrario, cuando la labor exclusiva del empleado sea el cuidado de la vegetación de la finca, no se considera como relación laboral especial STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 1998, EDJ 1998/24047.
- También se excluye del ámbito de aplicación de esta relación especial la labor de limpieza de habitaciones subarrendadas, considerándose como relación laboral de carácter común STSJ Madrid de 23 de noviembre de 2015, EDJ 2015/238288.
- Por último, la contratación de un trabajador o una trabajadora con categoría de auxiliar de enfermería para el cuidado de una persona con discapacidad es también considerada relación laboral común STSJ de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 17 de marzo de 2003, EDJ 2003/266120.

²³ La primera exclusión viene recogida en el art. 2.1.a) del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, y versa sobre contratos celebrados por personas jurídicas de carácter civil o mercantil, aunque su objeto sea la prestación de servicios o de tareas domésticas, quedando este tipo de relaciones sometidas a la normativa laboral común. También quedan fuera del campo de aplicación

Tampoco las llamadas o conocidas como relaciones *au pair*²⁴. Ni, finalmente, en los casos de una prestación conjunta de servicios domésticos y otros que no versan sobre el hogar familiar²⁵.

El régimen jurídico del sistema especial de los empleados del hogar es el establecido con carácter común en el Régimen General, con las particularidades específicas que se establecen (especialmente respecto de encuadramiento y cotización). Y la acción protectora para el colectivo que integra este sistema especial supone acceder a las prestaciones en las mismas condiciones y términos que los establecidos en el Régimen General, pero con las siguientes particularidades:

- El subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes nace al 9 día de la baja, haciéndose a cargo el empleador del abono de la prestación desde los días cuarto al octavo (ambos inclusive). Además, en el pago de la prestación de incapacidad laboral no cabe el pago delegado ya que no existe la posibilidad de colaboración obligatoria; así pues, el trabajador habrá de solicitar la prestación directamente a la entidad correspondiente.
- Respecto de las contingencias profesionales, en caso de incumplimiento empresarial por falta de encuadramiento o cotización, no es de aplicación el régimen de responsabilidades por lo que no entra en funcionamiento el principio de automaticidad de las prestaciones.
- Y, finalmente, las personas trabajadoras de este sistema no están protegidas por la contingencia de desempleo²⁶.

de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar las relaciones concertadas a través de Empresas de Trabajo Temporal.

²⁴ O “a la par”, según la expresión utilizada por el art. 2.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre), salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza laboral. Dicha exclusión se debe a que el objeto principal de los *au pair* es la acogida temporal de jóvenes extranjeros que se dediquen al cuidado de niños, a la enseñanza de idiomas o a la participación en las tareas domésticas diarias, sin que aquéllos, a cambio de estas actividades, perciban una remuneración salarial, puesto que la familia de acogida no tiene más obligación que la de proporcionarles alojamiento y comida. Según se prevé en el Instrumento de ratificación del Acuerdo Europeo sobre la Colocación “*Au Pair*”, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969, ratificado por España.

²⁵ Es decir, cuando el trabajador -aparte de las tareas domésticas- desempeña, por cuenta del mismo empleador, tareas ajenas al hogar familiar, se presume, *iuris tantum*, que existe una única relación laboral y ésta es de carácter común, con lo cual no queda incluida en el ámbito de esta relación laboral especial.

²⁶ No obstante, durante la crisis sanitaria del COVID19, el RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo vino a adoptar, entre otras cosas un subsidio “extraordinario” por desempleo para personas empleadas en el hogar familiar que exigía de una regulación posterior que no llegó hasta Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad

En marzo de 2021, había en España afiliados y en alta en el sistema especial de empleados del hogar 383.394 personas, de las cuales 17.130 varones y 366.264 mujeres, un total de del 4,67% hombres y 95,33% de mujeres²⁷.

Como puede verse, el acceso a las prestaciones por jubilación anticipada, al no establecerse particularidad alguna, tiene aparentemente el mismo régimen jurídico que las establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social. Pero decimos “aparentemente” porque durante mucho tiempo, y hasta enero de 2021²⁸, las bases mínimas de cotización de los empleados del hogar (primero cuando eran un Régimen Especial y luego cuando se integraron como sistema especial dentro del Régimen General) eran inferiores a las bases mínimas del Régimen General.

Ello hacía “*de facto*” imposible el acceso de las integrantes de este sistema especial, mayoritariamente mujeres con salarios siempre o casi siempre “mínimos”, a la obtención de una pensión de jubilación anticipada “voluntaria”.

El hecho de que la “inmensa” mayoría de este colectivo lo compongan mujeres es lo que ha hecho al TSJ de Cataluña elevar la cuestión prejudicial ante el TJUE.

2. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR DISTINTO TRATO EN LOS REGÍMENES O SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO)

Desde casi sus inicios, la Ley General de la Seguridad Social ha venido contemplando la posibilidad de creación de regímenes especiales “en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso

Social regulado en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Sobre este tema, véase, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. “El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección “asistencializada” e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal.”, Revista Española de Derecho del Trabajo num.233/2020.

²⁷https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/Afiliados%20en%20alta%20laboral/Afiliados%20en%20alta%20laboral__Afiliados%20Medios/07m_20%20Afi.%20Med.%20por%20CCAA,%20R%20y%20G%20a%20n%20gimen%20y%20G%20a%20n%20ro.px/table/tableViewLayout1/

²⁸ Aunque es un sector donde no es común encontrar a trabajadores a tiempo completo, salvo los dedicados al cuidado de mayores y personas con discapacidad, y donde parece haber una tendencia a no reconocer el trabajo a tiempo completo realizado en el hogar familiar para ahorrar costes en las cotizaciones. Véanse las reivindicaciones de las distintas asociaciones de trabajadoras empleadas del hogar familiar. De hecho, en 2021 hay una campaña de la ITSS sobre el servicio del hogar familiar para aflorar la economía sumergida en el sector y, entre otras cosas, detectar y regularizar los salarios inferiores al SMI, vid. https://www.mites.gov.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/documentos/Nota_informativa.pdf

tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social” (art. 10 del vigente texto de la LGSS) e incluso la posibilidad de establecer “sistemas especiales”, ex art. 11 LGSS, dentro de los distintos regímenes para regular de forma distinta para un determinado colectivo alguna materia (encuadramiento, cotización, recaudación e incluso respecto del régimen prestacional. De hecho, la pretendida unificación y homogeneización de los regímenes de la seguridad social y la simplificación de los mismos prevista, tanto por la LGSS como por los distintos informes del Pacto de Toledo, se ha llevado a cabo a través “sistemas especiales”.

La inclusión en 2011 del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General a modo de “Sistema Especial” supuso homogeneizar muchas de sus condiciones con el régimen en el que se integraba, pero también mantener, como hemos visto más arriba, una regulación diferenciada respecto de algunas cuestiones (y especialmente respecto de algunas prestaciones).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la licitud de mantener las diferenciaciones en la protección en los regímenes o sistemas especiales de la Seguridad Social²⁹, esto es, si afectaba al principio de igualdad de trato tales situaciones.

El problema de la obligación constitucional de tratar de forma igual a situaciones iguales o semejantes es determinar el llamado “tertium comparationis”, esto es, cuando existen términos comparables cuyo distinto trato pueda dar lugar a la vulneración de la cláusula de igualdad. Y es que la comprobación de la situación de desigualdad en general se realiza mediante el cotejo de situaciones iguales, con respecto a la diferencia de trato en el ámbito de la protección de los regímenes especiales de la Seguridad Social con respecto al régimen general, el Tribunal Constitucional ha seguido los conocidos “tres pasos” que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: determinar si los términos de comparación son idénticos para alegar la discriminación; en caso de ser idénticos, examinar si hay una posible justificación de este trato desigual; y, finalmente, aplicar el test de proporcionalidad.

Así, la desigualdad ha de tener referencia a otra situación similar, el problema es la elección de los factores en que se pueda basar la posibilidad de justificar el trato diferenciado, teniendo en cuenta que es imposible que se ofrezcan en muchas ocasiones situaciones idénticas, tendría que abrirse la comparación a situaciones “semejantes”, pero el Tribunal Constitucional no ha establecido pautas claras y precisas que sirvan para determinar cuándo estamos ante situaciones comparables. Lo único cierto es que las situaciones comparables deben de inferirse directamente de la norma que regula los términos que se estén asimilando, pero no como indica

²⁹ Sobre el tema, por su claridad, Blázquez Agudo, E.M “Igualdad de trato y regímenes especiales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Temas Laborales* nº 68, 2003, págs. 75 y ss.

la STC 108/1984, de 26 de noviembre, de las posibles consecuencias que su aplicación podría provocar en cada uno de los actos concretos.

Así pues, las situaciones de hecho idénticas, comparables, deben ser resueltas de forma similar, aunque ello no es un principio absoluto ya que se admiten ciertos factores legítimos que justifican esa desigualdad. Ahí es donde entra el juego de test de proporcionalidad, el que pueda ser razonable que se utilice una norma en dos circunstancias semejantes de distinta forma y con distintos resultados. Y es que la desigualdad para que sea “discriminadora” ha de ser arbitraria, esto es, carente de justificación (STC 157/1997, de 29 de septiembre), porque de justificarse su objetividad y razonabilidad, la misma no atentaría al principio de igualdad.

Respecto de la distinta protección ofrecida por los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, el Tribunal Constitucional ha aplicado el test de razonabilidad respecto del trato desigual y ha examinado su proporcionalidad para determinar la adecuación de la regulación al derecho fundamental, por lo que en una balanza ha tenido que valorar los beneficios y ventajas para el interés público y los perjuicios para los sujetos (por cierto, en materia de Seguridad Social, en la mayoría de los casos la balanza se ha decantado hacia el interés público). Por ello, el Tribunal Constitucional, respecto de los Regímenes Especiales, en especial para el de “empleados del hogar” (STC 268/1993, de 20 de septiembre)³⁰, las comparaciones de dos regímenes prestacionales ha de hacerse en bloque y no en aspectos concretos. Ello hace casi imposible la determinación de situaciones discriminatorias ya que, en la práctica, la desigualdad se enfoca en cuestiones muy específicas. De esta forma, se respetaba la libertad del legislador en el diseño de las características de los Regímenes y Sistemas Especiales, admitiendo generalmente un trato diferenciado entre Regímenes de acuerdo con la existencia de un fundamento objetivo bien sea la actividad profesional, la distinta naturaleza del empleador (especialmente en el ámbito del hogar familiar)³¹, las especiales relaciones con el mercado de trabajo, el menor esfuerzo contributivo (STC 268/1993, de 20 de septiembre, respecto de la protección social de los empleados del hogar que serviría, perfectamente, para justificar la dificultad o imposibilidad de aplicar el art. 208 LGSS sobre jubilación anticipada voluntaria como una norma desigual pero no discriminatoria), etc.

³⁰ Vid. Cámara Botía, A., “Sentencia 268/1993, de 20 de septiembre. Sobre las desigualdades entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial de Servicio Doméstico” en AA.VV., *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI/ 1993.

³¹ Vid. Luján Alcaraz, J., *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar*, Aranzadi, 2000. pág. 20.

3. SOBRE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2021, ASUNTO C 843/19 Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO

La discriminación por razón de sexo en la protección de la Seguridad Social ya ha sido determinada en alguna ocasión por nuestro Tribunal Constitucional respecto a los trabajadores a tiempo parcial por ser un colectivo “feminizado”, (SSTC 61/2013, de 14 de marzo³² (a la que han seguido posteriormente las sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo), en la senda ya apuntada por el TJUE (STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11) y más recientemente por la STC 91/2019, de 3 de julio³³.

Lo que está por ver es si el acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria recogida en el art. 208 LGSS es o no una forma de discriminación indirecta. Ello, aunque no resuelto por la sentencia que se comenta de 21 de enero de 2021, si ofrece algunas pautas para que el órgano jurisdiccional español resuelva.

3.1. El conflicto interpretativo

A priori, cabe plantearse la posibilidad de que, con carácter general, pudiéramos estar ante un claro supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo al denegarse por el art. 208 LGSS la jubilación anticipada cuando no se alcance la pensión mínima. Recordar en este sentido que el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres considera como discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo justificación objetiva en atención a una finalidad legítima siempre que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados, transcripción del art. 2, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por parte de la actora en la demanda recaída ante el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, origen de la sentencia que a continuación pasaremos a analizar,

³² Vid. Ron Latas, R.P. “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, Nº 32, 2013, págs. 59-63.

³³ Vid. Sánchez-Urán Azaña, Y. y Moreno Romero, F. en “Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo” en *Revista Jurisprudencia Laboral* nº 4, 2019 en https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000442

no se discutían las bases de cotización, porcentajes o importes de las pensiones calculadas por el INSS. Lo que se argumentaba era que el artículo 208.1.c) LGSS es contrario al artículo 14 CE, realizando una discriminación indirecta al colectivo de empleados de hogar que, en su mayoría, está formado por mujeres. En cualquier caso, es un precepto de aplicación “general” que lleva consigo el interés de evitar acrecer el elevado número de complementos a mínimos de las pensiones públicas, primando la sostenibilidad del sistema sobre otros valores de tipo social³⁴.

La cuestión era que hasta el año 2011 se produjo una cotización unitaria en dicho régimen especial del colectivo de empleados de hogar, que se empezó a corregir paulatinamente en enero de 2012, tal y como resulta de la Disposición Transitoria decimosexta LGSS relativa las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar³⁵.

Lo anterior conlleva que incluso en el supuesto de haber cotizado durante más de cuarenta y cuatro y medio años, ningún empleado de hogar podría jubilarse anticipadamente teniendo en cuenta las cotizaciones anteriores a 2012.

El Juzgado nº 10 de Barcelona indicó al respecto lo siguiente:

“en la actualidad una persona que ha estado siempre incluida en empleados del hogar que ha cotizado en bases fijas hasta el 2011 y desde el 2012 cotiza por la más alta posible, aunque acredite 44 años y medio de cotización no podrá obtener la pensión de jubilación anticipada con 63 años, porque no obtendrá una pensión superior a la mínima que le corresponda a los 65 años.”

Por tanto, para ese Juzgado, la norma resultaba discriminatoria por razón de sexo y ello de manera indirecta en tanto que:

- a) concurre un término de comparación colectivo: hombres y mujeres;
- b) existe un impacto estadístico notorio; la mayor parte de afiliados al régimen de empleados de hogar han sido y son mujeres;

³⁴ Como indica Molina Navarrete, C., en “Jubilación anticipada y no discriminación contra las mujeres: Un jarro de agua fría del TJUE en la lucha contra la brecha de género en pensiones”, Servicios de Estudios UGT, 2021, p.5 y 6 en <https://es.calameo.com/read/000475207bbfca34ecac1>

³⁵ Que dispone lo siguiente en su apartado 2: “Desde el año 2012 hasta el año 2022, a efectos de determinar el coeficiente de parcialidad a que se refiere la regla a) del artículo 247, aplicable a este Sistema Especial para Empleados de Hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.”

- c) la norma produce como resultado que los empleados de hogar no puedan acceder a la jubilación anticipada, es decir, se produce aun cuando no exista intención de discriminar.
- d) no existe una explicación justificada y razonable.

El Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona consideró en Sentencia de fecha 31 de julio de 2018 que no era necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial, debiendo tenerse en cuenta el perjuicio que la interposición podría causar a la actora, por la necesaria dilación en la tramitación de su procedimiento, valorando que la demandante cesó en su prestación como empleada de hogar y no pudo acceder a la prestación de jubilación voluntaria anticipada por incumplimiento de imposibles requisitos para este colectivo.

En este sentido, el INSS recurrió la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, y la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cataluña, antes de resolver el mismo, plantea mediante Auto de 12 noviembre 2019 cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad sociales y en concreto la realiza de la siguiente manera:

“Debe interpretarse la prohibición de discriminación por razón de sexo indirecta, en el acceso a las prestaciones de seguridad social y el cálculo de las mismas, que establece el artículo 4 de la [Directiva 79/7] en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional como el artículo 208, [apartado 1,] letra c), de la [LGSS], que exige a todos/as los afiliados/as del régimen general que, para poderse jubilar anticipadamente de forma voluntaria, la pensión a percibir, calculada conforme al sistema ordinario sin complementos por mínimos, sea por lo menos igual a la pensión mínima, en tanto discrimina indirectamente a las mujeres afiliadas al régimen general, al aplicarse a un número mucho mayor de mujeres que de hombres?”

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señala, de acuerdo con las estadísticas oficiales, que el 89% de los empleados del hogar afiliados al régimen especial son mujeres, que es un sector feminizado. A pesar de ello, para determinar si el artículo 208, apartado 1, letra c) LGSS implica una discriminación indirecta hacia las trabajadoras, estima que debe tomarse en consideración el conjunto de los afiliados al régimen general de la seguridad social. De tal manera, valora que, además de los afiliados al régimen especial, se debe considerar las mujeres que, por otros motivos, como el matrimonio, el cuidado de los hijos o el trabajo a tiempo parcial, hayan cotizado por un importe inferior y durante un período menos extenso.

A este respecto, la Sala señala que de las estadísticas facilitadas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se desprende que un porcentaje mucho mayor de mujeres que de hombres jubilados percibe un complemento a la pensión para alcanzar la pensión mínima legal, lo cual representa un indicio de que resultan perjudicadas más mujeres que hombres por lo dispuesto en el artículo 208, apartado 1, letra c) LGSS, que precisamente supedita la obtención de una pensión de jubilación anticipada por parte de un trabajador que decide voluntariamente jubilarse anticipadamente al requisito de haber cotizado lo suficiente para causar el derecho a la pensión mínima legal, sin necesidad de ese complemento de pensión. El órgano jurisdiccional remitente pone de relieve el hecho de que, en 2018, 422.112 hombres percibían un complemento de pensión, lo que representa el 15,23 % de las pensiones de los hombres, frente a 468.822 mujeres, cifra que supone el 31,45 % de las pensiones de las mujeres. Un dato relevante aportado por el auto y al que el TJUE hace expresa mención al sintetizar los hechos del litigio³⁶.

Dicho lo anterior, por tanto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, plantea, principalmente si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opondría a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, en cuanto esta normativa perjudica en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores.

3.2. La STJUE de 21 de enero de 2021: un fallo abierto a la interpretación, pero “direccionando” al TSJ de Cataluña hacia dónde ha de dirimirse la controversia.

Independientemente de que, en una cuestión parecida a esta, en aplicación del art. 208 LGSS el TJUE en Sentencia de 5 de diciembre de 2019 (de la misma sala por cierto) en los asuntos acumulados C 398/18 y C 428/18, determinara que la libertad de circulación y la protección de los trabajadores migrantes en materia de protección social impedían la aplicación de esta regla de obtener al menos la cuantía de la pensión mínima de la pensión de jubilación para acceder a la pensión anticipada y por tanto era contraria al Derecho coordinador de la Unión Europea, en el asunto que ahora se comenta al pedirse la conformidad con el Derecho de

³⁶ *Vid.*, las notas a esta sentencia por Rojo Torrecilla, E. en” Y el TJUE le dice al TSJ de Cataluña: puede ser o puede no ser discriminatorio, te toca decidir... pero no lo parece. Sobre la jubilación voluntaria anticipada, y sus límites, de una trabajadora del sector doméstico. Notas a la sentencia de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19).” En <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/y-el-tjue-le-dice-al-tsj-de-cataluna.html>

la Unión Europea de esa misma medida de jubilación anticipada voluntaria que puede suponer una discriminación indirecta para las mujeres su resolución es muy distinta.

El auto de elevación de cuestión prejudicial hace referencia no solo a la normativa interna sino también a las Directivas comunitarias 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), haciendo amplios comentarios a las alegaciones del INSS, pero mantiene sus dudas si el art. 208 LGSS cumple o no la normativa comunitaria ya que estima que puede darse la discriminación “dadas las estadísticas de receptores de pensiones mínimas con sus complementos, que por tanto pudieran quedar afectados por el requisito discutido de que para acceder a la pensión de jubilación anticipada se exige acreditar con las propias cotizaciones una pensión por lo menos igual a la mínima (sin complementos por mínimos)”.

3.2.1. De una cuestión capciosa a una resolución capciosa

Nos preguntamos cómo habría sido la respuesta de la sala octava del TJUE si la cuestión prejudicial se hubiese expuesto de otra forma.

Nos explicamos: en la cuestión se indica si hay discriminación indirecta en los casos de jubilación anticipada voluntaria a las mujeres “afiliadas al régimen general, al aplicarse a un número mayor de mujeres que de hombres”.

Desde luego, los datos de comparación en la obtención de los complementos a mínimos entre mujeres y hombres, proporcionados además por una de las partes interesadas en el procedimiento, ya indican que las mujeres doblan a los hombres en la obtención de este complemento (del total de pensionistas, con complementos a mínimos, aproximadamente, lo disfrutaban un 15,23 % de hombres y un 31,45% son mujeres). Lo que ya de por sí muestra una referencia clara de la brecha de género en las pensiones.

Pero lo que no se justifica es por qué el TSJ desecha las estadísticas respecto del sistema especial (al que, por cierto, el INSS indica que el 89% son mujeres, cuando las estadísticas oficiales de 2018, suponían más de un 94%). Evidentemente, la prueba estadística es determinante, aunque no exclusiva. Pero la elección de un “tertium comparationis” determinado afecta evidentemente en el conocimiento real de la intensidad del problema de un colectivo determinado: estamos hablando de trabajadoras del sistema especial de empleadas del hogar familiar y no de trabajadoras del Régimen General. Más aún, en tal caso, tendríamos que preguntarnos por el número de trabajadoras del hogar familiar que acceden a la pensión de jubilación voluntaria en relación con el número de trabajadores que acceden a la misma del Régimen General.

Con ello, como indica Molina Navarrete, estaríamos ante un indicio significativo del efecto “desproporcionadamente perjudicial en las mujeres”³⁷ del sistema especial para llegar a acceder a una pensión de jubilación anticipada voluntaria.

Frente a esta cuestión planteada en tales términos, una respuesta acorde con lo planteado, el TJUE resuelve pero dejando al órgano jurisdiccional que sea quién concrete la existencia o no de la discriminación indirecta puesto que, en principio, entiende que, aunque el acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria del art. 208 LGSS pueda perjudicar “en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores” dicha situación desigualitaria puede justificarse “por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

3.2.2. *Las pautas para la resolución por parte del órgano jurisdiccional español*

Volviendo a la Sentencia del TJUE 21 de enero de 2021, para determinar en este caso que no constituye discriminación indirecta el artículo 208, apartado 1, letra c) LGSS constituye, contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, se debe partir de tres circunstancias, siguiendo a Maldonado Molina³⁸:

- a) Que la muestra estadística exponga una desventaja particular para el género femenino.

El órgano judicial habrá de averiguar si el art. 208 afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo de forma significativa más alta que a las personas de otro sexo. Siendo lo más problemático, como más arriba hemos advertido, qué muestra coger si solo las relativas a las personas empleadas del hogar familiar incluidas en el Sistema Especial (como entendemos) o la relativa al total de incluidos en el Régimen General (como entiende el propio Tribunal Superior de Justicia que eleva la cuestión prejudicial). También es necesario determinar los datos que han de ser relevantes para la comparación, en este caso, el TJUE, en la misma senda que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se decanta por la proporción existente entre el número de personas jubiladas que perciben un complemento a la pensión para alcanzar la cuantía de la pensión mínima legal y el número total de jubilados sujetos a ese régimen.

³⁷ Nuevamente, Molina Navarrete, C. en “Jubilación anticipada y no discriminación contra las mujeres: Un jarro de agua fría del TJUE en la lucha contra la brecha de género en pensiones”, *op. cit.*, 2021, p. 8.

³⁸ Muy bien expuestas, por cierto, en “Discriminación indirecta vs sostenibilidad del sistema. La imposible jubilación anticipada voluntaria de las empleadas del hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 457, 2021, 205-216, pp. 7 y ss.

- b) Que, a pesar de que pueda haber un perjuicio para el colectivo de mujeres, trabajadoras dicha situación desigualitaria puede justificarse “por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

Nuevamente, el TJUE se decanta en el mismo sentido que el INSS y el Tribunal Superior de Justicia, ya que, aunque entiende que el complemento para mínimos es un objetivo de política social que garantiza unos mínimos de subsistencia (y es coherente, decimos desde aquí, con los objetivos de política de lucha contra la pobreza establecidos en diferentes textos de la Unión Europea, incluida la Carta Social Europea) y aunque las condiciones de índole presupuestaria no puede justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, también recalca la necesidad de que los sistemas de pensiones sean adecuados, sostenibles y seguros donde se adopten medidas que pretendan mantener la viabilidad del sistema, por lo que tales objetivos indicados por el INSS y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pueden, en principio, justificar una eventual diferencia de trato en perjuicio de las trabajadoras empleadas del hogar de este sistema especial.

- c) Evidentemente, la excepción al principio de discriminación indirecta ha de producirse a través de medios adecuados que permitan alcanzar los objetivos legítimos de los que acabamos de hablar.

Concluye el TJUE que la discriminación indirecta se daría a menos que dicha circunstancia estuviera justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, en particular, si se hubiera constatado que se responde a un objetivo legítimo de política social, adecuada para alcanzar este objetivo y es necesaria a tal fin.

Y es en su análisis del asunto en el apartado 42 de la sentencia que se comenta donde el propio TJUE asume la proporcionalidad o la adecuación de la normativa a los objetivos legítimos con tres argumentos que, de seguro servirán para la fundamentación jurídica del Tribunal Superior de Justicia: el alcance restringido de la normativa a personas que “voluntariamente” deseen jubilarse anticipadamente; la carga o el coste que dicha medida o complemento de pensión supondría de realizarse de forma generalizada y, finalmente, siguiendo a la Comisión Europea, la adopción de esta medida era acorde con el objetivo de la política social a la que se veía abocado el legislador español.

Con todo ello, y la argumentación ofrecida, el margen de decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se reduce ampliamente, parece que el TJUE con esta sentencia le viene a decir que no se preocupe por fallar en contra porque no existe discriminación.

4. BREVES CONCLUSIONES FINALES

Como conclusiones más importantes, por tanto, extraídas del análisis de esta sentencia, podríamos plantear las tres siguientes:

- El rechazo categórico a que la normativa nacional discrimine de manera indirecta a las mujeres, aunque dicho precepto pueda afectar especialmente a este colectivo. Aunque los recovecos legales que se ofrecen para superar la discriminación son amplios, difusos y a veces se pueden antojar arbitrarios.
- Y consecuencia de lo anterior, parece primar la salud financiera del sistema a la protección social de determinados colectivos, en tanto que se excluye por tanto a un determinado colectivo de la jubilación anticipada de conformidad con la normativa nacional, el aumento de la vida activa y por ende, el retraso en el acceso a la jubilación, lo que puede afectar, de manera positiva, a la reducción de gastos del sistema.
- Desafortunadamente, el TJUE ha perdido una oportunidad para poner en valor la vigencia del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, como indica, Sánchez Trigueros: el esfuerzo argumentativo de la sentencia esconde un “déficit importante”, prolongar la vida activa al denegar una pensión de jubilación anticipada voluntaria se conecta con la “sostenibilidad del sistema de pensiones públicas”, pero si preservar un sistema se realiza a través de fines de políticas sociales que se sustentan “sobre una denegación de derechos que afectará fundamentalmente a las mujeres, que serán quienes se verán obligadas a trabajar más años (y por prestaciones más reducidas, como ya ha tenido oportunidad de valorar en otras ocasiones el TJUE)” supone en cierta medida que quien asegura la estabilidad financiera de los sistemas de pensiones son las mujeres al sacrificar sus derechos, con lo que “se abre la puerta a que el diseño de tales políticas dé lugar a situaciones de flagrante desigualdad como aquella ante la que nos encontramos”³⁹.

³⁹ Vid. Sánchez Trigueros, C., “Jubilación anticipada de mujeres con pensión inferior a la mínima. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)” en *REJLSS, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, abril 2021 – núm. 2 ISSN-e 2660-437X, p. 208

LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO; OTRA DIFICULTAD MÁS AÑADIDA POR EL COVID-19

*Sentencia del TSJ del País Vasco 26 de enero de 2021
(ECLI:ES:TSJPV:2021:2)*

JULIA DORMIDO ABRIL*

SUPUESTO DE HECHO: Al tiempo de haber sido declarada la pandemia, se produce la paralización de la actividad de la empresa hasta el 14 de abril de 2020, motivada por las medidas gubernamentales para evitar la expansión del virus. La empresa había presentado solicitud de suspensión de los contratos de trabajo a través de un ERTE motivado por causas organizativas. Sin embargo, poco después, el 21 de abril, se le comunica al trabajador mediante carta de despido su cese, con efectos a partir del 6 de mayo, debido a que la parte empleadora tiene pérdidas desde hace años y, además, las tareas que desempeñaba el trabajador se han visto modificadas pasando a realizar otras funciones, las cuales, a su vez, han sido externalizadas o suprimidas. El Juzgado de lo Social, pese a que no ve suficientemente justificadas las causas organizativas, no encuentra una conexión directa entre la situación económica de la empresa y la crisis sanitaria motivada por el covid-19, por lo que considera que se trata de un despido procedente de carácter objetivo. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia entiende que existe tal nexo y que, además, se trata de uno de los supuestos de extinción del contrato que la normativa COVID pretende evitar que se produzca, razón por la cual termina calificando el despido como nulo.

RESUMEN: En el debate sobre la calificación de los despidos cuando no concurre justa causa o cuando, concurriendo, ésta no se halla en consonancia con la normativa vigente, dando lugar a que el despido pueda ser considerado como improcedente o declarado nulo por fraude de ley, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de enero de 2021, se posiciona a favor de esta última opción. En tal sentido, la Sala valora que la extinción del contrato de un trabajador, por encontrarse la empresa en una situación económica negativa, es una alternativa que se encuentra fuera del objeto del artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo. La doctrina y la jurisprudencia, al igual que cuando fue creada la institución del despido en fraude de ley, no es unánime. Así, tanto la mayor parte de los autores como de los jueces y tribunales que han conocido de

* Titulada Superior de Apoyo a la Investigación.

tales supuestos hasta la fecha desde que se declaró el estado de alarma se posicionan a favor de la improcedencia; mientras que hay otro sector minoritario que aboga por la nulidad al establecer el precepto citado una clara limitación de la facultad empresarial de despido. En tal sentido, la legislación de urgencia no prohíbe taxativamente despedir, pero sí que limita tales extinciones a supuestos que no sean colectivos ni objetivos, lo que, en suma, ha llevado a los jueces y tribunales a tener que pronunciarse sobre tales actuaciones empresariales que son, precisamente, las que se buscaban evitar a través del paquete de medidas establecidas en la norma para proteger el empleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DESPIDO EN EL REAL DECRETO-LEY 9/2020
3. LA DIFÍCIL CALIFICACIÓN DEL DESPIDO
 - 3.1. Doctrina a favor de la improcedencia
 - 3.2. Argumentos favorables a la nulidad
4. CONSECUENCIAS DE LA DETERMINACIÓN DE UNA CALIFICACIÓN U OTRA
5. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha venido aventurando desde el inicio de la pandemia hace ya más de un año, la economía española, al igual que la de la mayoría de los países, se ha resentido en términos similares a los ya vividos con la crisis económica del año 2008. El legislador, en este caso el de urgencia, ha querido salvar muchas situaciones con un paquete de medidas encaminadas a que las empresas puedan mantener su actividad, aunque en un porcentaje menor, y que los trabajadores conserven sus puestos para no incrementar el número de personas desempleadas. Dicho en otras palabras, se ha pretendido que las empresas optasen por la flexibilidad interna antes que por salidas más drásticas a los despidos o las extinciones de los contratos de trabajo¹. Sin embargo, a la vez que se han concedido ayudas o se han condonado determinadas obligaciones a las empresas beneficiarias, se les ha requerido que cumplan una serie de condiciones, de forma que el esfuerzo público generara beneficios sociales, entre ellos la salvaguarda del empleo².

¹ Así lo expresa Rojo Torrecilla, E.: “Covid 19 y despido sin causa. Sigue el debate sobre la nulidad o improcedencia, y ahora interviene, a favor de la primera, el TSJ del País Vasco. Una nota a la sentencia de 26 de enero de 2021”. En su Blog: “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/covid-19-y-despido-sin-causa-sigue-el.html>

² Cavas Martínez, F.: “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”. <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/> En NET21. <https://www.net21.org/>

De todas las medias que han ido dictándose con motivo de la pandemia la que aquí se trae a colación es la que está enfocada en el mantenimiento de los puestos de trabajo y a hacer que las empresas pongan en práctica todas aquellas acciones posibles de flexibilización, como es la suspensión temporal de la relación laboral, antes que proceder a la extinción de los contratos. Se trata, sin duda, de buscar un equilibrio entre la garantía del derecho al trabajo, conforme a lo exigido por el art. 35 CE, y las acciones de ayuda y apoyo a las empresas en situación de crisis, respetando, en todo caso, lo dispuesto en el art. 38 CE cuando reconoce la libertad de empresa. Tal ejercicio de ponderación se halla en consonancia con el Derecho de la Unión Europea, el cual a través del art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales³ establece una protección del trabajador frente al despido injustificado, al igual que lo hiciera el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo⁴.

Se trata, por otra parte, de medidas excepcionales pensadas para un periodo de tiempo relativamente breve que, en principio, iba a finalizar el próximo 31 de mayo de 2021 tras las sucesivas prórrogas pactadas con los interlocutores sociales, pero que seguramente se extenderán más y tendrán una repercusión más amplia, tanto en la economía en general como en el sistema de relaciones laborales⁵.

2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DESPIDO EN LA NORMA

Desde que se declarase el estado de alarma, se ha ido configurando una legislación *ad hoc*, en cierta medida paralela a la ya vigente, que ha ido delimitando derechos y deberes de los trabajadores y de las empresas, así como creando instituciones y figuras para dar respuesta a la mayor parte de los conflictos y situaciones que puedan surgir como consecuencia de la crisis sanitaria⁶. Así, durante el último año se ha hecho uso en muchas ocasiones del art. 86 CE, habilitador del recurso al Real Decreto-ley, con una importante incidencia en las relaciones laborales, dado que, además de por el hecho de que estas normas de urgencia se hayan sucedido con una reiteración y periodicidad elevada, mediante esta tipología normativa se han abordado medidas de apoyo a empresas y trabajadores para

³ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DOCE núm. 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁴ Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

⁵ Art. 3.2 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. BOE núm. 23, de 27/01/2021.

⁶ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14/03/2020.

procurar la continuidad de aquellas y el mantenimiento del empleo de estos. Tal hecho no implica un desplazamiento definitivo del Derecho del Trabajo que podría denominarse como ordinario, sino simplemente que las circunstancias sociales y económicas derivadas del COVID-19 necesitan de un acomodo particular en el ordenamiento jurídico⁷.

El objetivo claro de las disposiciones de urgencia no es otro que evitar que se produzca una destrucción masiva del empleo, intentado evitar, a través de la suspensión de las relaciones laborales, el recurso empresarial a las extinciones de los contratos, particularmente cuando se trata de un despido sin causa⁸. Así lo han interpretado los diferentes órganos judiciales y lo han plasmado en las resoluciones judiciales que se han ido dictando, de las que es ejemplo la resolución judicial objeto de comentario, concretamente la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, de 26 de enero de 2020, así como otra de la misma sala, de fecha de 23 de febrero⁹.

Materialización de lo que se viene diciendo es el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, el cual lo que promueve es que no se produzcan despidos injustificados o sin causa, o mejor, basados exclusivamente en las consecuencias de la emergencia sanitaria¹⁰. No obstante, y por esta razón se ha utilizado el término promover más

⁷ Cruz Villalón, J.: “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”. Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, nº 1. Universidad de Cádiz, 2020. Pp. 11- 41. DOI: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202002.014>. En dicho artículo el autor señala que la causa que provoca la paralización del sector económico es la crisis sanitaria, dado que el motor de la actuación de los poderes públicos debe girar en torno a la tutela del derecho a la salud para la que la normativa laboral no tiene una respuesta y es por ello por lo que se ha precisado de una regulación *ex profeso*.

⁸ Al respecto, véase, Roales Paniagua, E: “Despido objetivo durante el estado de alarma por covid-19: de nuevo sobre la nulidad o improcedencia de los despidos efectuados en fraude de ley”. En Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 235, 2020. Pp. 207-217. En la sentencia que comenta la autora se pone de relieve como la Magistrada aprecia que se produce un despido sin causa.

⁹ STSJ del País Vasco, de 23 de febrero de 2021. Nº rec. 57/2021. Fundamento de Derecho 3º.

¹⁰ Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. BOE núm. 86, de 28/03/2020.

En lo que hace al Real Decreto-Ley 9/2020, convendría señalar que recientemente se ha producido la convalidación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que derogaba el artículo 2 de la primera (BOE núm. 88, de 13/04/2021) a través de la Resolución de 18 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (BOE núm. 47, de 24/02/2021).

Por tanto, desde el 14 de abril de 2021 se aplicará la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del

que imponer, el art. 2 articula su pretensión de forma indirecta, limitándose a señalar que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, las ETOP) no tienen la consideración de justificativas de la extinción del contrato, dado que estas situaciones han sido abordadas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020 con una finalidad diferente¹¹.

Dicho en otras palabras, el legislador de urgencia, tratando de dar preeminencia a la flexibilidad interna frente a la extinción del contrato de trabajo, en los dos últimos preceptos mencionados promueve que se produzca la suspensión del contrato o la reducción de la jornada si se trata de las siguientes causas consideradas, en todo caso, de fuerza mayor: *“pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”*.

Para aclarar la cuestión, convendría señalar que la forma en la que han de interpretarse los dos preceptos que se acaban de traer a colación ha de hacerse de la siguiente manera. En primer lugar, se activa a través del Real Decreto-Ley 8/2020 la posibilidad de que las empresas procedan a suspender los contratos de trabajo de sus empleados, de forma que transitoria, y que, mientras se observa cómo evoluciona la crisis sanitaria, no se destruya empleo de forma acelerada y masiva. En esta línea, se pone a disposición de las empresas que experimenten pérdidas motivadas por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la posibilidad de acogerse a los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTes). En segundo, al activarse dicha medida de flexibilidad interna, se advierte a través del art. 2 del RDL 9/2020 a las empresas que se hayan acogido o que puedan acogerse a los ERTes que tienen prohibido despedir. Añadiendo a esta prohibición la última de las medidas, contenida en la Disposición Adicional Sexta del RDL 8/2020, también en la línea de prohibir la extinción de la relación laboral, aunque no será objeto de estudio en este comentario, como es la obligación

COVID-19. La reciente publicación de la citada ley no viene a modificar lo ya previsto en relación con las medidas extraordinarios para la protección del empleo, las cuales se han mantenido intactas tras la convalidación, incluso en lo que a la prórroga de los ERTes respecta. En otras palabras, en adelante, las impugnaciones de los despidos que se vayan a realizar por parte de los trabajadores se harán alegando el art. 2 de la Ley 3/2021 en lugar del art. 2 del ya derogado Real Decreto-ley 9/2020.

¹¹ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE núm. 73, de 18/03/2020.

de mantener en activo durante un plazo mínimo de seis meses a los trabajadores salientes de un ERTE¹². Ésta última es la conocida como la cláusula de salvaguarda del empleo que, en la misma línea que el precepto en torno al que pivota el presente comentario, utiliza un término que da lugar a confusión con respecto al imperativo de no despedir a los trabajadores que se hayan reincorporado del ERTE, dado que recurre a la palabra compromiso, cuando, en realidad, se trata igualmente de una prohibición que de no cumplirse tendrá las correspondientes consecuencias¹³.

Ahora bien, falta por delimitar qué es lo que ha de entenderse por una situación de fuerza mayor y qué es lo que se consideran para el legislador de urgencia las causas ETOP. En relación con la primera de las cuestiones, se entiende por fuerza mayor, según el Diccionario Panhispánico de la Real Academia Española, una circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación. Esta tipología ha venido estando tradicionalmente asociada a acontecimientos ajenos a la voluntad humana, es decir, derivados de causas de la naturaleza, ya se trate de situaciones catastróficas o no. En el contexto en el que se desarrolla el presente comentario, se entiende que la fuerza mayor está presente en los supuestos que se han mencionado unos párrafos más arriba y que son, en suma, los del art. 22.1 RDL 8/2020¹⁴.

De forma más extensa lo ha venido a explicar la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/2020 que identifica la fuerza mayor como “un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediamente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes a la que se enfrentan nuestro país y todo el planeta”, que además

¹² Véase en tal sentido el tenor literal: “*Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo. 1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. 2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.*”

¹³ Dicho “compromiso” se establece a través de la norma de forma directa entre el Estado y las empresas que se acogen a dicha medida de flexibilidad interna y que consiste en la condonación de las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores a cambio de que, cuando se reincorporen a sus puestos de trabajo, se les mantenga en activo durante seis meses, debiendo ingresar la parte incumplidora el importe de tales beneficios a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como los intereses que, por el procedimiento sancionador y de conformidad con el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se les imponga. Se destaca en tal sentido, Cruz Villalón, J.: “El deber de mantenimiento del empleo para los trabajadores en ERTE bonificados: una regulación de compleja interpretación”. En el Blog del Profesor: “Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad”. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/el-deber-de-mantenimiento-del-empleo.html>

¹⁴ Cavas Martínez, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”. Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), N.º. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19), págs. 103-145.

se encuentra asociada a circunstancias cambiantes¹⁵. Resulta interesante cómo la propia norma clasifica dicha fuerza mayor como total o parcial, teniendo esta segunda consideración cuando no afecta a toda la plantilla, concurriendo solo “en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial”. De esta forma, el ERTE se puede extender solo a los trabajadores que no desempeñan labores consideradas servicios. En todo caso, se trata de causas objetivas, o lo que es lo mismo, económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando éstas vengan derivadas del COVID-19, que hacen necesario un reajuste de la plantilla, ya sea a través de las suspensiones de los contratos o mediante reducciones de horario, utilizando para ello el procedimiento previsto en los arts. 47 y 41 ET, respectivamente, teniendo en cuenta los umbrales establecidos en las disposiciones vigentes¹⁶.

Así pues, la norma lo que ha hecho es establecer los límites de lo que puede ser considerada como una extinción regular del contrato de trabajo, aceptando que la empresa pueda dar por finalizada la relación laboral que la vincula con sus trabajadores por cualquiera de los motivos que, de ordinario, se encuentran regulados en el ET como puede ser un despido disciplinario basado en el incumplimiento grave y culpable del trabajador, así como porque llegue a su término el contrato de obra y servicio establecido entre las partes¹⁷. Por tanto, lo que se viene es a blindar la imposibilidad de que un trabajador pueda ser despedido por causa de la pandemia y de sus efectos, tal y como recalca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2020, donde la Sala, trae a colación el art. 3 del Código Civil cuando establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”, luego a través de dicho precepto se vería reforzada la intención con la que la norma de urgencia fue creada.

¹⁵ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE núm. 112, de 22/04/2020.

¹⁶ En relación con tales medidas, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 119, de 29/04/2020), derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020).

¹⁷ Sobre el particular, Cruz Villalón, J.: “El despido injustificado por Covid” publicado en su blog “Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad”. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/01/el-despido-injustificado-por-covid-la.html>, donde se recuerda lo establecido en la Disp. Final 1ª del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en la que se citan de forma expresa aquellas situaciones que sí cuentan con justificación entre las que se encuentran, entre otras, las ya mencionadas (BOE núm. 134, de 13/05/2020).

3. LA DIFÍCIL CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Teniendo en cuenta que el legislador de urgencia ha tratado de frenar la extinción masiva de los contratos de trabajo, existe un importante debate técnico jurídico en torno a la calificación de los despidos producidos como consecuencia de la pandemia. Las resoluciones judiciales en la materia, aunque aún no hayan dado lugar a un pronunciamiento del Tribunal Supremo, son muchas y variadas, abarcando soluciones que van desde la procedencia¹⁸ a la nulidad, en algunos casos imponiendo una indemnización a la parte empleadora¹⁹ e, incluso, en otros, aduciendo la vulneración del contenido esencial de la libertad de empresa²⁰.

3.1. Doctrina a favor de la improcedencia

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de enero de 2021, en la que la Sala aprecia la nulidad del despido deriva del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao, de 6 de octubre de 2020²¹, en la que el magistrado considera que no hay nexo causal entre “la situación de excepción generada por la pandemia y la decisión extintiva” que llevó a la empresa a finalizar la relación laboral con el trabajador, al haberse presentado prueba en contrario mediante la que se apreciaban pérdidas económicas en trimestres anteriores. Por tanto, la citada resolución lo que viene a dictaminar es que el despido, objetivo, se ha producido de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, resulta de interés como en ésta se pone de manifiesto que la propia empresa no acredita que el motivo que da origen a la extinción no esté relacionado con la pandemia, dado que la empresa lo que aduce es que concurren causas organizativas, aunque tal circunstancia no queda suficientemente acreditada, lo que deriva en la convicción de que el motor de tal decisión son cuestiones económicas y no otras.

¹⁸ SJS de Gijón, de 25 de noviembre 2020 (rec. 223/2020), SJS de Logroño, de 11 de diciembre 2020 (Rec. 282/2020) y SJS de Barcelona, de 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021).

¹⁹ SJS de Barcelona, de 31 de julio 2020 (núm. 170/2020) y de 31 de julio 2020 (núm. 174/2020), imponiendo indemnizaciones, respectivamente, de 60.000 y 49.000 euros.

²⁰ Cruz Villalón, C.: “El despido injustificado...”, comentando la SJS de Barcelona de 15 de diciembre de 2020 (nº 283/2020) con la que discrepa, dado que ésta venía a señalar que calificar los despidos de otra forma diferente a la improcedencia, tal y como actualmente, se encuentra regulada la nulidad en nuestra legislación ordinaria, podría atentar contra la libertad de empresa constitucionalmente garantizada en el artículo 38 CE, así como en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión, en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio 158 de la OIT y que por ello el Juez debería plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comenta el autor que, en su caso, podría plantearse un recurso de inconstitucionalidad, pero que, en todo caso, éste no procedería al no ser incompatible la impugnación del despido con las facultades empresariales.

²¹ SJS de Bilbao de 6 de octubre de 2020, núm. 183/2020.

Como es sabido, la justificación de la extinción de la relación de trabajo es el elemento decisivo para determinar la calificación que se le ha de otorgar a ésta. De manera que la parte empleadora estará plenamente legitimada para hacerlo si concurren las causas legalmente establecidas, de forma que se tratará de un despido procedente; en cambio, si estas causas no concurren, o lo hacen de forma insuficiente, de ordinario la calificación será la de improcedente. En el caso concreto de los ceses que han tenido lugar con ocasión de la pandemia y a consecuencia de sus efectos pero en contra de la prohibición legal arriba descrita, una buena parte de la doctrina, y también de los juzgados de lo social y de las salas de los tribunales superiores de justicia que ya han tenido ocasión de conocer de tales despidos han venido a calificarlos como improcedentes, ha rechazado de plano que pueda darse la nulidad de los mismos, dado que, a su juicio, tal calificación está reservada a supuestos tasados de despido, siendo además doctrina consolidada²².

La teoría de la nulidad por fraude de ley se había configurado en base al requerimiento de “la utilización de una determinada norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico o prohibido por ley”, así como en el “ánimo de defraudar”. Una buena parte de los autores a la hora de abordar el estudio de la casuística surgida en torno al despido han venido a indicar que, en realidad, no hay una prohibición expresa en la norma de despedir, por lo que aquella figura traída ahora a colación podría no tener cabida²³. La falta de concreción por parte del legislador de urgencia es la causa por la que se ha vuelto a abrir el debate jurídico en torno a una figura, la del despido nulo por fraude de ley, que ya en su momento fue creada por la jurisprudencia y avalada por un importante sector de la doctrina, pero que tuvo poco recorrido porque tal y como aquella la creó, la eliminó. No obstante, es una institución a la que con frecuencia se evoca, ya que a través de aquella se condenan las actuaciones empresariales tendentes a utilizar de manera fraudulenta las disposiciones vigentes, dando lugar a un acto resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, tal y como establece el artículo 6.4 del Código Civil que es eje en torno al cual pivota esta teoría del Tribunal Supremo.

Como se asevera, se trata de un viejo debate que ya en el año 2015 se suscitó de nuevo a través de la Sentencia del Tribunal supremo de 5 de mayo de 2015 (nº rec. 2659/2013), la cual se pronuncia sobre un despido disciplinario con base en el artículo 54.2, d) del Estatuto de los Trabajadores que no estaba suficientemente justificado por la empresa que, incluso, había llegado a reconocer

²² En relación con lo expuesto, una reciente Sentencia, la SJS de Arrecife de 24 de marzo de 202, núm. 325/2020. En dicha resolución el Magistrado considera que en el artículo 2 RDL 9/2020 “no nos encontramos ante un despido prohibido sino injustificado” y para ello recuerda la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo “(STS de 30/12/1997)”.

²³ Véase en tal sentido, Cruz Villalón, J.: “El despido injustificado por Covid”, op. Cit.

la improcedencia y había puesto a disposición del trabajador una indemnización²⁴. En suma, el motivo de fondo que subyace es el que propugna el artículo 6.4 del Código Civil y que en este caso concreto se manifestó a través de un despido “expres” disciplinario, en el que la doctrina, como ahora, no terminaba de ponerse de acuerdo, dado que la consideración que a la mayoría le merecía era la de la improcedencia simplemente²⁵. El otro sector doctrinal que mantuvo la nulidad por fraude de ley lo argumentaba con la clara pretensión de la empresa de eludir la normativa referente a la estabilidad en el empleo, tal y como ocurre actualmente²⁶.

En las sentencias recientes, el fundamento que mayoritariamente se utiliza para rechazar que el despido pueda ser considerado como nulo se encuentra en el art. 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que, en consonancia con el art. 55.5 ET establecen un *numerus clausus* de supuestos en los que posiblemente se induzca a tal calificación, los cuales se sintetizan en los que están relacionados con la lesión de un derecho fundamental, incluido lógicamente el de igualdad regulado por el art. 14 CE; pero sin que se haga referencia es estas normas, tanto sustantivas como procesales, a la posibilidad de otorgarles tal consideración a aquellas extinciones que se realicen en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sobre materias que vayan más allá de las materias resumidas²⁷. La lectura de las disposiciones vigentes debe de hacerse de manera sistemática de manera que, si la norma tiene un objetivo y una finalidad clara, toda actuación que se produzca en contra de ésta deberá ser entendida como nula, partiendo de la base de que, si no existe una justificación o si ésta queda excluida de forma expresa del precepto legal, el despido será, cuando menos, improcedente. No obstante lo expuesto, con esto no se pretende decir que no se pueda producir la terminación de la relación de trabajo bajo ningún concepto porque nos encontremos ante un estado de alarma, dado que esa no parece ser la intención del legislador de urgencia, pero sí que se exige que cuando tal hecho vaya a producirse se haga cumpliéndose con las exigencias legales.

²⁴ Así lo expresa la Sala en los Fundamentos de Derecho primero: “la empresa reconoció la improcedencia del despido y haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 56.2 ET, sin perjuicio de mantener la veracidad de las imputaciones realizadas y con el fin de evitar gastos de procedimiento, le ofreció la cantidad total de 173.459,27 euros...”.

²⁵ Beltrán Heredia, I: “Despido nulo en fraude de ley: una tesis de difícil encaje en el marco normativo vigente (a propósito de la STS 5-5-15)”. Entrada en su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2015/07/07/despido-nulo-en-fraude-de-ley-una-tesis-de-dificil-encaje-en-el-marco-normativo-vigente-a-proposito-de-la-sts-5-5-15/>

²⁶ Todolí Signes, A.: “Acerca del despido nulo por fraude de ley”. En *Jurisprudencia social a debate*. Ed. Tirant lo Blanch, 2015. Pp. 63-74. En tal sentido, el autor considera que no es ni tan siquiera necesario que el despido nulo por fraude de ley tenga que ser incorporado ni a la norma sustantiva ni a la procesal, dado que dicha figura ya está contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil, el cual es de completa aplicación.

²⁷ A su vez, sobre tal afirmación a favor de la improcedencia, SJS de Barcelona de 31 de julio de 2020 (nº rec. 486/2020) y SJS de Pamplona de 21 de diciembre de 2020 (nº rec. 637/2020).

Así lo entiende también una buena parte de la doctrina, partiendo del hecho de una defectuosa técnica legislativa al no concretar la normativa COVID qué supuestos son los que deben ser considerados como una prohibición expresa de despedir, dado que, al no especificarse, tales despidos solo podrían considerarse actos ilícitos y, como tales, la calificación que procedería sería la de la improcedencia²⁸. En tal sentido, para que pudiera darse otra calificación diferente al despido sería necesario que se atentase contra los derechos fundamentales del trabajador a través de alguno de los supuestos tasados contenidos en el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores. Al margen de que la nulidad del despido se impondría mal cuando exista un motivo que lo justifique suficientemente, como sucedería si se trata de un despido colectivo que, pese a que según el art. 2 RDL 9/2020 no estaría permitido, respetase las exigencias de los arts. 51.2 o 51.7 ET, mediante la acreditación de la concurrencia de las causas legales, lo que obligaría a calificar como ajustada a derecho la decisión extintiva de la empresa, al igual que ocurre si la extinción tiene la consideración de individual o plural²⁹.

Por último, hay que indicar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha resuelto a través de su Sentencia de 31 de marzo de 2021, calificando los despidos como improcedentes, si bien no lo ha hecho por unanimidad, dado que de los siete magistrados que la componen, tres han emitido voto particular³⁰. En dicha resolución se concluye la problemática que se ha descrito deriva del hecho de que el RDL 9/2020 no ha incorporado de forma expresa la prohibición de despedir; lo que no puede dar lugar a interpretar las extinciones que contraríen la previsión de la norma como nulas, dado que ni se trata de derechos fundamentales ni se manifiesta una mala fe por parte de la empresa. Por tanto, se viene a confirmar lo que ya dijera las sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 10 de julio de 2020, así como la del TSJ de Andalucía, de 19 de noviembre de 2020, sobre la base de que lo que pretende la norma de emergencia es limitar las causas que pueden justificar la procedencia del despido, de forma que solamente cabe aplicar a los mismos la alternativa entre procedencia o improcedencia, según esas causas existan o se entienda inexistentes en los términos de la propia legislación de urgencia. Dicho sintéticamente, lo que la norma de emergencia establece no es una prohibición de despedir en determinadas circunstancias, sino que en esas concretas situaciones no existe causa para despedir; por lo que decidido el despido, carecerá de causa, siendo en consecuencia improcedente y no nulo.³¹

²⁸ A favor de dicha consideración, los profesores Cruz Villalón, J.: “Despidos injustificados por covid” y Beltrán Heredia, I.: “Extinción y Covid-19”, Op. Cit.

²⁹ Esto es lo que vino a ocurrir con la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao de 6 de octubre de 2020, recurrida ante el TSJ el País Vasco, que vino a considerar el despido como procedente, en la que la parte demandada había invocado una extinción objetiva basada en los artículos 51.1 y 52, c) del Estatuto de los Trabajadores.

³⁰ N° Rec. 3825/2020.

³¹ N° Rec. 348/2020 y N° Rec. 1795/2019, respectivamente.

En consonancia con lo defendido por tales resoluciones se han mostrado algunos autores, quienes se afanan en resaltar la diferencia que existe entre los apartados 3 y 4 del art. 6 del Código Civil, subrayando que el primero se relaciona con un acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva, el cual será declarado nulo de pleno derecho, lo que viene a comportar que dicha actuación se entienda como no realizada y consecuentemente como si el despido no se hubiese efectuado, puesto que habrá que reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo y se le habrá de abonar el salario dejado de percibir durante el tiempo que medie desde que se produjera la extinción. Se trata, sin duda, de una consecuencia que la empresa pretendía evitar al actuar de una manera contraria a la normativa de urgencia. Por su parte, el apartado cuatro del mismo precepto se ocupa de los actos en los que, pese a que se hayan podido producir al amparo de una norma el fin perseguido por los mismos sea un resultado que se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, que es la situación que se pone de manifiesto a través de la Sentencia objeto del presente comentario.

Si bien, la prohibición en la norma es tan sutil que dificulta que se puede hablar de ella. De ahí que se abogue por el sentido finalista y que se recuerde lo expresado en el propio artículo 6.4 Cc en el que se condenan tales actos como ejecutados en fraude de ley, lo que no impide la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir³².

3.2. Argumentos favorables a la nulidad

El número de resoluciones judiciales que, a día de hoy, se han pronunciado sobre los despidos considerando que concurre la nulidad en ellos son mucho menores si las comparamos con los casos en los que se ha considerado que se trata de la improcedencia. En el primer caso, los jueces y tribunales han llegado a dicha conclusión fundamentando su argumentación sobre la base del mantenimiento del empleo como finalidad del legislador de urgencia, finalidad que se ve burlada si a la extinción se la califica como improcedente, dado que al poder decidir el empleador en todo caso si rompe la relación de trabajo de manera definitiva en lugar de reincorporar a la persona trabajadora, se estaría dejando sin efectos el precepto legal. Una argumentación que se desprende del hecho de que, al aceptar la improcedencia del despido, se convertiría al art. 2 del RDL 9/2020 en una mera declaración de intenciones sin mayor repercusión jurídica, tal y como afirmó el Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo en su sentencia de 22 de octubre de 2020 (nº rec. 305/2020), llegando incluso a calificarse tal conclusión como una “quiebra

³² A favor de dicha corriente, Beltrán Heredia, I.: “STSJ Cataluña (Pleno) 31/3/21: la calificación del art. 2 RD Ley 9/2020 es la improcedencia”. En su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2021/04/14/stsj-cataluna-pleno-31-3-21-la-calificacion-del-art-2-rdley-9-2020-es-la-improcedencia/>

de la propia norma”, como puede apreciarse en la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2021. Teniendo en cuenta, además que el art. 2 del Real Decreto-Ley extiende la prohibición que contiene tanto a los despidos colectivos como a los individuales, dado que las medidas de flexibilidad del art. 22 RDL 8/2020 no hace tal distinción, tal y como se pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 28 de julio de 2020 (nº rec. 349/2020).

Coinciden los fundamentos de derecho de las resoluciones judiciales mencionadas en que una conducta por parte de la empresa que puede ser calificada de fraudulenta al carecer dicha decisión extintiva de una justa causa, así como por alegar motivos que, aunque se afirme que habían acontecido con anterioridad a la declaración del estado de alarma, en realidad no se aporta prueba suficiente que la avale. Por ello, consideran que, dado que el art. 2 del RDL 9/2020 encierra una prohibición de despedir por causas objetivas, la empresa estaría realizando un acto contrario a derecho, sosteniéndose tal argumentación en el art. 6.3 del Código Civil que en tal sentido establece que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Lo cierto es que otorgar la calificación de nulidad de la extinción de trabajo conlleva, en primer lugar, que el trabajador sea admitido en la empresa y que se le abonen los salarios dejados de percibir y, en segundo lugar, que sirva de ejemplo para las demás organizaciones que, encontrándose en una situación similar de fuerza mayor o en la que puedan concurrir cualquiera de las causas ETOP, procedan a aplicar los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 para que se decanten por la flexibilización de las condiciones de trabajo, en lugar de despedir a los trabajadores, ya sea de forma colectiva o individual³³.

A mayor abundamiento, tal consideración del despido como nulo en fraude de ley se puede ver reforzada por lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil que viene a señalar que “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”. En tal sentido, los jueces y tribunales que

³³ Resulta imprescindible llamar la atención sobre lo expuesto por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en su Sentencia de 23 de febrero de 2020 (nº rec. 57/2020), ya citada, diferencia la justificación de las alegaciones con relación a la causalidad que ha de operar para que no pueda ser considerado el despido como una simple consecuencia del covid-19, lo que conllevaría a que “sea un despido irregular”. Dicho en otras palabras, no bastaría alegar o aducir que se da una determinada circunstancia, sino que habría que probar que concurren las causas por las cuales se está procediendo a extinguir el contrato de trabajo, que es lo que, en suma, viene a ocurrir en el caso concreto en el que no llega a quedar suficientemente acreditados que los hechos que motivan el cese no queden fuera de la previsión del art. 2 RDL 9/2020.

han apreciado la nulidad han ido más allá y han entrado a exponer el motivo por el que el sistema de relaciones laborales cuenta en la actualidad con un conjunto de normas que actúan de forma paralela a la legislación ordinaria, normas en las que se aprecia como el legislador de urgencia ha venido a asumir el papel de los agentes sociales incluso al establecer un paquete de medidas que tienen una incidencia directa en las empresas, con la única finalidad de preservar el empleo y de no incrementar los índices de desempleo.

En una especie de juicio de ponderación, la Sala del Tribunal Superior del País Vasco asume cómo la libertad de empresa se ha visto limitada por la preeminencia de la flexibilidad interna y la prohibición de despedir y ello le sirve para justificar su decisión de considerar el fraude de ley en sus dos sentencias, la de 26 de enero y la de 23 de febrero. En concreto, en la Sentencia de 26 de enero el Tribunal Superior de Justicia pone de relieve que la empresa en cuestión ya contaba con pérdidas en el año anterior y que bien podría haberle servido de motivo para, con anterioridad a haber efectuado una reducción de la plantilla por causas económicas, proceder al despido. Si bien, en lugar de ello, y una vez que se declara el estado de alarma y se establece el paquete de medidas que se viene comentando, es cuando la parte empleadora decide extinguir el contrato de trabajo, habiendo, incluso, solicitado previamente un ERTE. Y aunque es cierto que dicha medida de flexibilidad se solicita por causas organizativas, en la primera instancia parece que éstas no quedan suficientemente acreditadas, desprendiéndose de las pruebas el motivo real que subyace, interpretando el TSJ que hay una clara intención de burlar las disposiciones vigentes³⁴.

Lo cierto es que el empeño de la norma por reforzar la protección de los trabajadores y por apoyar la continuidad en la actividad productiva y mantener el empleo, tal y como lo indica la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2020, junto con los objetivos del Real Decreto-Ley 9/2020 de proporcionar la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas, parece que no casan bien con la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación de trabajo a través de un despido por causas objetivas, ya que es a éste y no a otro tipo al que la norma se refiere expresamente y el que intenta evitar, en todo caso. Idea que, en suma, es fácilmente entendible y que puede ser la consecuencia en la que deriven todas las prácticas empresariales relacionadas con el despido realizado en fraude de ley en el contexto de la crisis sanitaria³⁵.

³⁴ Así lo relata Rojo Torrecilla quien parece mostrar una posición más proclive a la calificación de despido nulo en: “Covid 19 y despido sin causa...”, op. cit.

³⁵ En el mismo sentido, la SJS de Sabadell, de 6 de julio de 2020 (nº rec. 316/2020), en relación con el despido de una trabajadora de avanzada edad que, además, puede estar incluida dentro del colectivo de riesgo. En este supuesto, la empresa comunicó a la demandante la extinción del contrato de trabajo el 27 de marzo de 2020 cuando ya estaba vigente el Real Decreto-Ley 8/2020, en cuyo art. 22 se establece la preferencia por la flexibilidad interna y estaba a punto de

4. CONSECUENCIAS DE LA DETERMINACIÓN DE UNA CALIFICACIÓN U OTRA

Aunque pueda parecer una cuestión irrelevante, lo cierto es que el hecho de que el órgano judicial opte por una u otra calificación puede tener consecuencias diferentes. En tal sentido, el legislador permite que, si se trata de un despido improcedente, sea la parte empleadora la que decida si procede a la reincorporación del trabajador junto con el abono de los salarios dejados de percibir o si, por el contrario, sigue adelante con la rescisión del contrato de trabajo, con la correspondiente indemnización.

Esto último es lo que ocurrió, y así se pone de relieve en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de enero de 2021 (nº rec. 429/2020) que, pese a que rechaza de plano la posibilidad de que el despido adquiera la consideración de nulo por fraude de ley, sí que se muestra a favor de que se condene a la parte empleadora al abono de una indemnización, puesto que no se ha respetado el sistema causal. La posibilidad de que sea la empresa la que decida qué camino tomar con respecto a si reincorpora o no a la persona a la que ha cesado cuando el despido es improcedente no refleja en realidad una repulsa contra tal hecho que es la intención que parecía tener la norma.

En consecuencia, y aunque no ha sido la tónica predominante entre los tribunales a la hora de calificar el despido de improcedente, sí que hay alguna que otra resolución que ha considerado que, en estos supuestos en los que parece que la parte empleadora actúa al margen de la normativa vigente y en los que, incluso, podría apreciarse una conducta fraudulenta, podría concederse una indemnización complementaria. La finalidad con la que se puede establecer el abono de una cantidad añadida a las obligadas sería la de disuadir a las empresas de la idea de despedir a sus empleados si es que se encuentran en una situación de dificultad económica, técnica, organizativa o de producción o, de forma más genérica, de fuerza mayor. Dicho en otros términos, se trataría de utilizar la indemnización *ad extra* como una especie de revulsivo o de llamada de atención a las empresas que pretendan realizar una actuación ilícita, por estar al margen de lo estipulado en el art. 2 RDL 9/2020.

Si bien, en relación con lo expuesto, ya la Organización Internacional de Trabajo en el Convenio número 158, en concreto en su art. 10, establece que si, en este caso el juzgador, “llega a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular

publicarse y, por tanto, de aplicarse el Real Decreto-Ley 9/2020 con la prohibición de despedir ya comentada. Por ello, en la sentencia se pone de relieve que la parte empleadora conocía del sentido de las disposiciones aplicables y que se trataba de una extinción motivada por la declaración del estado de alarma, con lo que el juez de lo social acaba calificando el despido como nulo.

la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”. El empleo de la palabra reparación por la OIT es lo que conduce a pensar que, efectivamente, se pueden resarcir los daños ocasionados al trabajador por la conducta fraudulenta.

Actualmente, lo que el art. 53.1, b) ET estipula es que la empresa ha de pagar al trabajador como indemnización por un despido objetivo lo equivalente a veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Mientras que, si se declara la improcedencia, dicha cantidad equivaldría a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, según lo dispuesto en el artículo 56.1 ET. En el caso de que el despido fuese finalmente considerado como nulo el pago que le corresponde hacer al empleador es el de los salarios dejados de percibir desde que se produjo la extinción hasta que se dicte la resolución. Por ende, no cabe duda que la nulidad sería podría tener un efecto más en consonancia con el Convenio de la OIT, así como con la revisión, aun no ratificada por España, de la Carta Social Europea en cuyo art. 24 también se indica que la imposición de una indemnización tendría un efecto disuasorio de toda medida extintiva que se pretenda llevar a cabo y que se realice sin causa o al margen de las disposiciones legales; indemnización que además “deberá ser suficientemente elevada”, tal y como ha venido a interpretar el Comité Europeo de Derechos Sociales³⁶. No obstante, como se ha dicho anteriormente, las sentencias que en tal sentido se han pronunciado son solo dos hasta la fecha, ambas del mismo Tribunal Superior de Justicia³⁷.

Por tanto, quizá habría que repensar en las repercusiones de tales prácticas en la indemnización con carácter general, ya que parece que es una cuestión de la que adolece nuestro sistema de relaciones laborales, sin necesidad de que estemos ante una crisis sanitaria. No obstante, como se haya dicho anteriormente, las sentencias que en tal sentido se han pronuncia son solo dos hasta la fecha, coincidiendo el Tribunal de instancia del que proceden.

5. VALORACIÓN FINAL

Sin duda, toda situación que sea consecuencia del COVID-19 se antoja compleja y confusa, da lugar a múltiples interrogantes y genera muchísima incertidumbre, al igual que ocurre, como no podía ser de otro modo, en el ámbito de las relaciones

³⁶ Así lo pone de relieve, Cruz Villalón, J.: “Despido injustificado por covid”, Op. Cit.

³⁷ Se trata de las ya citadas anteriormente Sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona, ambas de 31 de julio 2020 (núm. 170/2020 y núm. 174/2020).

laborales. Si bien el 31 de mayo es la fecha establecida, en principio, como límite tras las sucesivas prórrogas de los ERTes, existe la certeza de que tal medida se prorrogará, puesto que las dificultades por las que atraviesan las empresas siguen sucediéndose. La línea a seguir ya trazada por el legislador de urgencia ha sido la de tratar de paliar los efectos del COVID-19 y evitar, en la medida de lo posible, la destrucción del empleo, aunque no pueda saber hasta cuándo se podrá sostener esta situación o las repercusiones que tendrá a largo plazo. En todo caso, el plan adoptado para tratar de salvaguardar los puestos de trabajo debe ser desmenuzado de forma que los resquicios legales sean los mínimos posibles a efectos de no saturar a la administración de justicia, en primer lugar, y, en segundo lugar, para que no se produzcan hechos que puedan ser calificados de fraude.

Como se haya ido exponiendo a lo largo del texto el debate ha girado en torno a una calificación del despido que ya es una vieja conocida para la doctrina y que se originó en el propio Tribunal Supremo, solo que en esta ocasión ha resurgido como un una consecuencia directa de la pandemia, en tanto que, es por ésta por la que se han ido sucediendo las extinciones de los contratos de trabajo y se ha llevado ante el orden jurisdiccional social la infracción de la legislación de urgencia sobre la materia al interpretarse, en muchos de los casos, que concurrían las circunstancias que de forma taxativa estaban incluidas como no justificativas de tal actuación.

En todo caso, la improcedencia no debería operar en los supuestos en los que parece que existe una clara intención de burlar los requisitos legales, por lo que sería más adecuado al fin de la norma considerar tales actuaciones como producidas en fraude de ley y, en todo caso, nulas. Pese a que la doctrina mayoritaria se ha decantado por la improcedencia y que la norma no establece una prohibición expresa, puede aceptarse que de su finalidad última se desprende una clara intención de proteger el empleo y de buscar otras fórmulas que conlleven el aseguramiento de los puestos de trabajo a través de la suspensión de los contratos.

Aunque la calificación del despido como nulo está prevista en la norma laboral sustantiva y en la procesal, se refiere exclusivamente a situaciones tasadas y excepcionales, relacionadas principalmente con la discriminación y la vulneración del principio de igualdad. Asimismo, en la legislación laboral se contempla que todas las extinciones que se produzcan sin que concurra una justa causa tienen que ser calificadas como improcedentes. Sin embargo, no está contemplado de forma expresa en el ordenamiento laboral la calificación que ha de otorgarse a los actos que lo contravengan o prohíban, así como tampoco se aborda el efecto que produce una actuación que persiga un resultado prohibido o contrario a aquel, pero sí que se encuentra en otra disposición vigente y de total aplicación a las relaciones de trabajo, tal y como es el artículo 6, apartados 3 y 4 del Código Civil.

Ahora bien, dado que nos encontramos ante una situación de emergencia en la que la legislación ordinaria debería ser adaptada al momento concreto y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde su aprobación, e incluso, que se han producido

una serie de modificaciones a la normativa de urgencia, debería el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 incidir más en lo que debería ser una limitación expresa o prohibición de despedir cuando se den causas de fuerza mayor o ETOP, dado que de continuar en la misma línea, la improcedencia podría incluso resultar más beneficiosa a la parte empleadora que trata de esquivar las imposiciones legales.

Así pues, del estudio de la jurisprudencia podrían extraerse dos conclusiones: una, que podría llevar a calificar la actuación de la empresa como de desobediencia a la normativa de aplicación, dado que en ella hay una exigencia acerca del cumplimiento de unos determinados requisitos que no son respetados; y otra, que el despido se declare improcedente, en lugar de nulo, supone que la empresa tenga la facultad de decidir si readmite al trabajador o si, por el contrario, sigue adelante con la extinción de la relación de trabajo, pese a que tenga que abonar una indemnización. En todo caso, si se opta por esta segunda opción queda claro que la prohibición de despedir cae en saco roto. Por esta razón es por lo que se considera que, aunque no esté así dispuesto actualmente en la norma laboral básica como un supuesto de nulidad del despido, sí que es la calificación más adecuada y acorde a lo que se estima que es una actuación que se produce en fraude de ley, ya sea con o sin esa intencionalidad

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO-MARZO DE 2021

- Decreto-ley 1/2021, de 12 de enero, por el que se establecen medidas urgentes para el mantenimiento de la actividad de los sectores del comercio minorista y de la hostelería y agencias de viajes y se modifican varios decretos-leyes dictados como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 505 de 12/01/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Consejería de Hacienda y Financiación Europea (Boletín número 35 de 22/02/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 5/2021, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), para el sector de las agencias de viajes, para la reactivación de actos culturales promovidos por Agrupaciones, Consejos, Federaciones, Uniones u otras entidades de análoga naturaleza que integren hermandades y cofradías de Andalucía en 2021, para el mantenimiento de la actividad de los sectores del comercio minorista y de la hostelería, y se modifican otras disposiciones. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 527 de 31/03/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 1/2021, de 2 de enero, por el que se modifica el Decreto del Presidente 12/2020, de 11 de diciembre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. Organismo: Presidencia (Boletín número 501 de 02/01/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 2/2021, de 8 de enero, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. Organismo: Presidencia (Boletín número 503 de 08/01/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 3/2021, de 15 de enero, por el que se modifica el Decreto del Presidente 2/2021, de 8 de enero, por el que se establecen medidas

en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. Organismo: Presidencia (Boletín número 506 de 16/01/2021 Sección: Disposiciones generales)

- Decreto del Presidente 4/2021, de 30 de enero, por el que se prorrogan las medidas establecidas en el Decreto del Presidente 2/2021, de 8 de enero, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. Organismo: Presidencia (Boletín número 512 de 30/01/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 5/2021, de 1 de febrero, por el que se adscribe a la Consejería de Hacienda y Financiación Europea la entidad Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A. Organismo: Presidencia (Boletín número 24 de 05/02/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 6/2021, de 12 de febrero, por el que se prorrogan las medidas establecidas en el Decreto 2/2021, de 8 de enero, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2, y se modifica parcialmente el mismo. Organismo: Presidencia (Boletín número 516 de 12/02/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 7/2021, de 25 de febrero, por el que se prorrogan las medidas establecidas en el Decreto 2/2021, de 8 de enero, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. Organismo: Presidencia (Boletín número 519 de 25/02/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 8/2021, de 4 de marzo, por el que se prorrogan las medidas establecidas en el Decreto 2/2021, de 8 de enero, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2, y se modifica parcialmente el mismo. Organismo: Presidencia (Boletín número 521 de 04/03/2021 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto del Presidente 9/2021, de 18 de marzo, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado

de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. Organismo: Presidencia (Boletín número 524 de 18/03/2021 Sección: Disposiciones generales)

- Decreto 96/2021, de 23 de febrero, de creación de la Ventanilla única para la atención a las víctimas de violencia de género. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 39 de 26/02/2021 Sección: Disposiciones generales)

